Die Voraussetzungen für den Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde.

Der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Mecklenburgischen Landesuniversität Rostock

überreicht von

Rechtsanwalt und Notar **Hans Jessel**
in Schwerin (Mecklb.).

Referent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Wachenfeld.

Schwerin 1927.
Druck der Bärensprungschen Hofbuchdruckerei.

BIBLIOTHEEK
RIJKS
UNIV.
LEIDEN

Gliederung.

I. Die Bedeutung des Zwangsvergleichs zur Abwendung des Konkurses und seine Einführung in Deutschland 7

II. Die Rechtsnatur des konkursabwendenden Zwangsvergleichs 8

III. Begrenzung der Aufgabe 10

IV. Die beteiligten Personen:
- a) Der Schuldner 10
- b) Der Gläubiger 11
  - 1. Die am Vergleichsverfahren Beteiligten 11
  - 2. Die Nichtbeteiligten 12

V. Der Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens 29

VI. Der Vergleichsinhalt 30

VII. Die Gläubigermehrheiten 39

VIII. Sonderbestimmungen:
- a) für Handelsgesellschaften und Genossenschaften 47
- b) für den Nachlaß 51

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549216_0075

Literaturverzeichnis.

Kommentare:

Bovensiepen: Die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses, Berlin 1917.
Cahn: Geschäftsaufsicht und Zwangsvergleich, München, Berlin und Leipzig 1917.
Cahn: Dasselbe, Nachtrag 1924.
Güthe: Grundbuchordnung, 3. Aufl.
Huth, Walther: Geschäftsaufsicht, 1924.
Jäger: Kommentar zur Konkursordnung, 1. Band 5. Aufl., Berlin 1916, 2. Band 5. Aufl., Berlin 1914.
Klarner: Die Geschäftsaufsicht und der Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses, Leipzig 1917.
Klien: Die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses, Berlin 1917.
Klimmer: Die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses, München 1917.
Levy: Die Verordnung über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses vom 14. 12. 16 in der Fassung der Verordnungen vom 8. 2. und 14. 6. 24, Berlin 1924, 2. Aufl.
Predari: Grundbuchordnung.
v. Sarwey-Bossert: Konkursordnung, 4. Aufl.
Staub: Wechselordnung, 1926.
Staub: Handelsgesetzbuch, 11. Aufl.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. und 4. Aufl.
Zweigert: Die Bundesratsverordnung über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses, Berlin 1917.

Weiteres Schrifttum:

Aehnelt: Nochmals die Geschäftsaufsicht, J. W. 1915 S. 494 ff.
Breit: Der Umfang des Aufsichtsmoratoriums, J. W. 1915 S. 161 f.
Buhmann: Fragen des Gläubigerschutzes im Konkursabwendungsverfahren, J. W. 1917 S. 425.
Bendix: Änderungen in der Geschäftsaufsicht, Lpzg. Z. 1917 S. 153.
Bovensiepen: Die Bekanntmachung über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses, Deutsche Richterzeitung 1917 S. 90.
Buhmann: Das neue Geschäftsaufsichtsgesetz mit Zwangsausgleichsordnung, Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern 1917 S. 34.
Dove: Die Neuregelung der Geschäftsaufsicht, J. W. 1924 S. 1065.
Eingaben der Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin an den Reichskanzler mit Ausführungen von Jäger, Lpzg. Z. 1917 S. 580.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 15.—17. Aufl.
Fitting: Reichskonkursrecht, 3. Aufl.
Gaupp-Stein: Zivilprozeßordnung, 6.—7. Aufl. (Kommentar.)

Halbauer: Die prozessuale Bedeutung der Geschäftsaufsicht nach Maßgabe der Bekanntmachung des Bundesrats vom 14. 12. 16, Recht 1917 S. 104.
Halbauer: Die prozessuale Tätigkeit der Aufsichtsperson bei der Geschäftsaufsicht, Lpzg. Z. 1917 S. 115.
Heilberg: Bekanntmachung betr. die Anordnung einer Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkursverfahrens, vom 8. 8. 14, J.W. 1915 S. 851.
Henschel: Geschäftsaufsicht und Zwangsvergleich im Kriege, D. J.-Z. 1917 S. 191.
Henschel: Zur Verordnung über die Geschäftsaufsicht vom 14. 12. 16, D. J.-Z. 1917 S. 509.
Jäger: Die Neuordnung der Geschäftsaufsicht, J. W. 1917 S. 66, 189, 261, 326, 436, 507,
Jäger: Die Geschäftsaufsicht neuer Ordnung, Berlin 1917.
Jäger: Der Treuhands-Zwangsvergleich, J. W. 1918 S. 287.
Jörrissen: Die neueste Bewegung zur gesetzlichen Einführung eines konkursabwendenden Zwangsvergleichs, Lpzg. Z. 1913 S. 50.
Josef: Einwirkung des Krieges und der Kriegsgesetze auf Dienstverträge, Gruchot Band 59 S. 416.
Kallir: Der Zwangsvergleich in der Geschäftsaufsicht, Gruchot Band 61 S. 353 ff.
Kretzschmar: Die Verordnung über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses, Sächs. Archiv für Rechtspflege 1917 S. 41.
Kohler: Geschäftsaufsicht und freier Zwangsvergleich in Deutschland, Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht 80. Band S. 472.
Levy: Die Geschäftsaufsicht und der Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses, Berlin 1917, 2. Aufl.
Michels: Die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses nebst dem Zwangsvergleich, Recht 1917 S. 20 ff., 67 ff.
Levis: Aus dem Recht des Zwangsvergleichs zur Abwendung des Konkurses, Lpz. Z. 1919 S. 86, 136, 182.
Pasquay: Die Rechtsstellung der Gläubigerversammlung im Konkurs und ihre Befugnis, Zeitschr. für das gesamte Handels- und Konkursrecht Band 66 S. 76.
Pfeiffer: Die Stellung des Absonderungsberechtigten im Geschäftsaufsichtsverfahren, J. W. 1917 S. 807.
Richter: Die Rechtsnatur des Zwangsvergleichs, Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht Band 76 S. 112.
Werner: Geschäftsaufsicht und Zwangsvergleich außerhalb des Konkurses, Lpzg. Z. 1917 S. 232.

I. Die Bedeutung des Zwangsvergleichs zur Abwendung des Konkurses und seine Einführung in Deutschland.

Die Bestrebungen, die durch Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners hervorgerufenen Störungen durch einen Zwangsvergleich außerhalb des Konkurses zu beseitigen, sind alt. Die Gründe dafür lassen sich vorwiegend auf zwei Gesichtspunkte zurückführen. Der Schuldner kann hoffen, sein Gewerbe durch das ihm gebotene Entgegenkommen fortzusetzen und die mit dem Konkurs verbundene geschäftliche und bürgerliche Infamie (vgl. RVO. § 12 Abs. 2 Nr. 2, 1781 Nr. 3 BGB., 32 Nr. 3, 84, 109 GVG. u. a.) zu vermeiden, die Gläubiger dürfen erwarten, eine höhere Quote als im Konkurs mit seinen Zwangsverkäufen zu erhalten. Wohl lassen sich diese Ziele auch durch einen außergerichtlichen Vergleich erreichen. Die Gefahr, daß die Verhandlungen durch einzelne Gläubiger gestört werden, die ihre Zustimmung nur durch Gewährung besonderer Vorteile geben wollen, ist aber groß. Die auf die Verhandlungen verwendete Zeit hat inzwischen die Aussichten der Parteien noch weiter verschlechtert. Es ist daher notwendig, ein Verfahren einzuführen, das einerseits den Widerstand der Akkordstörer in einem privaten Vergleichsverfahren durch die Aussicht auf einen Zwangsvergleich bricht, andererseits bei Vorliegen unüberwindbarer Hindernisse dem Schuldner sofort die Möglichkeit gibt, ein gerichtliches mit Zwang verbundenes Verfahren herbeizuführen [1]).

Auf Anregung des deutschen Handelstages von 1868 [2]) brachte der Entwurf zu einer deutschen Gemeinschuldordnung von 1873 in den §§ 233—256 ein „Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses", das aber weder in die Konkursordnung von 1877 aufgenommen wurde noch bei der Novelle von 1898 Berücksichtigung fand. Auch die Denkschrift des Reichsjustizministeriums vom 1. Dezember 1906 lehnte trotz der Vorbilder im Ausland und lebhafter Befürwortung durch Handel und Anwaltschaft die Einführung ab [3]). Endlich sprach

---

[1]) Jörrissen: Die neueste Bewegung zur gesetzlichen Einführung eines konkursabwendenden Zwangsvergleichs, Leipziger Zeitschrift 1913 S. 50 ff.

[2]) Klien S. 13.

[3]) Vgl. Jäger, Leipz. Z. 1907 S. 133 ff.

auch der Reichstag 1912 das Verlangen nach Einführung eines Präventivakkordes aus und beschloß 1913, die verbündeten Regierungen um Vorlage eines Gesetzentwurfes über den Zwangsvergleich außerhalb des Konkurses zu ersuchen [4]). Die Vorarbeiten unterbrach der Krieg.

Gemäß § 3 des Gesetzes über die Ermächtigung des Bundesrats zu wirtschaftlichen Maßnahmen vom 4. August 1914 erging die Bundesratsverordnung über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses vom 8. August 1914. Diese, schnell entworfen und aufgebaut auf der Voraussetzung eines kurzen Krieges, erwies sich bald als unzureichend. Auf Drängen der Geschäftswelt erließ der Bundesrat am 14. Dezember 1916 daher eine neue Verordnung, die in den §§ 33 bis 65 auch den Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses einführte. Abänderung der Verordnungen vom 8. Februar bzw. 14. Juni 1924 ließen letzteren unberührt.

II. Die Rechtsnatur des konkursabwendenden Zwangsvergleichs.

Über die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs herrscht Streit. Nach der Urteilstheorie, die besonders Eccius [5]), Paßquay [6]) und Schultze [7]) vertreten, ist das Entscheidende die Bestätigung, die einem richterlichen Urteil gleichkommt. Nur an sie knüpfen sich seine Wirkungen. Antrag und Annahme sind lediglich Prozeßakte, die der Bestätigung vorhergehen, wie Anträge einem Urteil. Sie sind nur die Grundlagen für die richterliche Entscheidung. „Der Richter muß die Vergleichsbestätigung versagen, wenn die gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheiten fehlen. Sind sie aber vorhanden, ist er nicht verpflichtet, den Vergleich zu bestätigen, wenn er ihn aus irgendwelchen Gründen für ungerechtfertigt, unsittlich oder den Interessen der gegenstimmenden Gläubiger nicht entsprechend erachtet. Die Minderheit wird gebunden, nicht durch einen ihr abgenötigten, aufgedrungenen oder bei ihr fingierten Vertragswillen, sondern durch richterliches Urteil [8])."

Die herrschende Ansicht, der fast alle Schriftsteller und das Reichsgericht folgen, legt das Hauptgewicht auf die Vereinbarung unter den Parteien. Durch Vorschlag des Schuldners und Annahme desselben durch die Gläubiger entsteht ein bürgerlich-rechtlicher Vertrag. Seine Bestätigung ist vorgeschrieben zum Schutze der Gläubiger, insbesondere der nichtzustimmenden, gegen unlautere Abmachungen (§ 55 VO.). Sie ist ein Akt der staatlichen Fürsorgetätigkeit, wie beispielsweise die

[4]) Stenographischer Bericht des Reichstags vom 13. 2. 13 S. 3749.
[5]) Vgl. Gruchot Band 46 S. 727.
[6]) S. 76.
[7]) Konkursrecht S. 114 ff.
[8]) Jäger, KO. § 173 Anm. 6; Pasquay S. 79, 80; v. Sarwey-Bossert, KO. S. 439.

Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in den §§ 1821, 1822 BGB. [9]).

Die Urteilstheorie findet im Gesetz keine Begründung. Schon § 1 Absatz 2 a. E. bezeichnen den Zwangsvergleich als ein Übereinkommen zwischen den Parteien. Dieses soll der Richter nicht erst „machen" [10]), sondern er soll nach § 53 der Geschäftsaufsichts-Verordnung den angenommenen Vergleich bestätigen. Den Inhalt desselben vereinbaren die Parteien. Auf ihn hat der Richter keinen Einfluß. Er ist verpflichtet, ihn zu bestätigen, wenn die gesetzlichen Verwerfungsgründe fehlen. Die richtige Beurteilung der Sachlage, insbesondere die Entscheidung, ob ein Verwerfungsgrund vorhanden ist oder nicht, bürdet dem Richter eine große Verantwortlichkeit auf.

Die Beendigung des Geschäftsaufsichtsverfahrens durch Zwangsvergleich kommt allen Beteiligten zustatten. Seine Ermöglichung auch gegen den Willen einer Minderheit war daher notwendig. Infolgedessen ist gesetzlich festgelegt, daß er zustande kommen kann, auch wenn einzelne Beteiligte widersprechen. Die Besonderheit, daß Gläubiger auch gegen ihren Willen Rechte verlieren können, beruht lediglich auf gesetzlicher Bestimmung. Der Wille der Mehrheit ist darnach Wille der Gemeinschaft der beteiligten Gläubiger. Wenn die vorgeschriebene Majorität zustimmt, gilt der Vergleich für alle [11]). Daß der die Minderheit zwingende staatliche Machtspruch in dem Bestätigungsbeschluß als zweiter Bestandteil liegen soll, wie Fitting a. a. O. S. 424 annimmt, kann nicht anerkannt werden. Grundlage für die Ausnahme, daß die Minderheiten Rechte aufgeben müssen, ist lediglich das Gesetz. Richter a. a. O. S. 124 nimmt eine Interessengemeinschaft der beteiligten Gläubiger an, in der sich die Minderheit der Mehrheit fügen müsse. „In Ausübung einer Art Selbstverwaltung" müßte die Gläubigerschaft den zweckmäßigsten Weg zu allseitiger Befriedigung suchen! Wie das aber ohne staatlichen Machtspruch geschehen kann (vgl. § 35 BGB.), ist nicht ersichtlich. Ohne einen solchen könnte der Richter auch kein die Rechte der widersprechenden Minderheit schmälerndes Urteil erlassen.

Abgegeben werden die Erklärungen in Form von Prozeßhandlungen (§ 14). Das Geschäftsaufsichtsverfahren gehört also der streitigen Gerichtsbarkeit an. Eine Rüge der Verfahrensmängel nach rechtskräftiger Bestätigung kann daher nicht mehr möglich sein [12]). Der Vergleich ist demnach gültig, obwohl die erforderliche Majorität nicht vorlag, bzw. die Vorschriften der §§ 39 und 40 verletzt sind.

---

[9]) Jäger a. a. O. § 173 Anm. 8.
[10]) v. Sarwey-Bossert S. 439.
[11]) Jäger, KO. § 173 Anm. 11; v. Sarwey-Bossert S. 440 Abs. 3 und 5; Fitting S. 424 Anm. 14.
[12]) S. Richter a. a. O. S. 134—137.

Wie ist die Lage aber bei Vorliegen von Mängeln des Vertrages? War der Schuldner z. B. geschäftsunfähig und sein Antrag nach § 105 BGB. nichtig, so konnte dieser niemals angenommen werden. Nach § 53 VO. kann aber nur der angenommene Vergleich bestätigt werden. Ein Vergleich ist demnach überhaupt nicht zustande gekommen.

Eine Sonderstellung nimmt der Vertrag jedoch bezüglich der Willensmängel ein. Nach RG. 57 S. 271 heißt es in der Begründung zum Entwurf der Konkursordnung, daß der Fortbestand des Vergleichs nur aus den wichtigsten Gründen in Frage gestellt werden darf, um nicht die Interessen aller zu schädigen. Die Gläubiger hätten Gelegenheit gehabt, ihre Rechte vor dem Richter geltend zu machen. Dies muß auch für den Zwangsvergleich im Geschäftsaufsichtsverfahren gelten. Eine Anfechtung kann daher nur in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen stattfinden. Auch die Möglichkeit der Anfechtung ist ein Beweis für die Unzulänglichkeit der Urteilstheorie. Eine Anfechtung eines rechtskräftigen Urteils wegen Betruges kennt die ZPO. (§ 14 VO.) nicht.

III. Begrenzung der Aufgabe.

Voraussetzung des konkursabwendenden Zwangsvergleichs im weitesten Sinne ist alles, was notwendig ist, damit er rechtskräftig entsteht. Eine Behandlung der Aufgabe in dieser Richtung müßte alle Vorgänge vom Antrage des Schuldners auf Eröffnung des Verfahrens über die Einzelheiten desselben bis zur Rechtskraft der Bestätigung enthalten. Sie würde einer Arbeit über den Zwangsvergleich selbst gleichkommen.

Die amtliche Begründung zur Verordnung von 1916 gibt selbst die Begrenzung der Aufgabe [13]). Voraussetzungen des Zwangsvergleichs sind hiernach die §§ 33—40 VO., während die §§ 41—49 den Gang des Verfahrens regeln und die §§ 60—65 Bestimmungen über die Wirksamkeit des Vergleichs enthalten.

Die Arbeit wird sich daher hauptsächlich mit den §§ 33—40 VO., den Vergleichsgrundlagen, beschäftigen und auf die übrigen Vorschriften nur eingehen, soweit es zum Verständnis unentbehrlich ist.

IV. Die beteiligten Personen.

a) Der Schuldner.

Nur ein Schuldner, der unter Geschäftsaufsicht steht, kann den Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens stellen (§ 33). Ob das Geschäftsaufsichtsverfahren eröffnet wurde, weil Aussicht auf ein Übereinkommen zwischen den Parteien bestand oder Hoffnung auf Behebung der Zahlungsunfähigkeit vorhanden war (§ 1 Abs. 2), ist gleichgültig.

---

[13]) Vgl. Vorwort zu § 33 das.

Einer bestimmten Berufsart braucht der Schuldner nicht anzugehören. Der Name der VO. weist nur auf den am häufigsten vorkommenden Fall hin [14]). Neben Einzelpersonen können Schuldner sein: Aktien-, offene Handels- und Kommandit-Gesellschaften, Kommandit-Gesellschaften auf Aktien, juristische Personen und Vereine, Gesellschaften m. b. H., Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, ein Nachlaß und das Gesamtgut bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 72, 73). Versicherungsunternehmungen, die der Beaufsichtigung nach Maßgabe des Gesetzes für private Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 (RGBl. S. 139) unterliegen, sind dagegen vom Geschäftsaufsichtsverfahren und damit auch vom konkursabwendenden Zwangsvergleich nach § 74 VO. ausgeschlossen. Die Befugnisse, die nach den §§ 2, 3, 28 VO. der Aufsichtsperson obliegen, hat nach den §§ 64—69 dieses Gesetzes die Aufsichtsbehörde. Die Zulässigkeit des Geschäftsaufsichtsverfahrens war daher unnötig.

b) 1. Dem Schuldner gegenüber stehen die Gläubiger.

Grundsätzlich sind nach den §§ 4, 33 VO. alle persönlichen Gläubiger beteiligt, die einen vermögensrechtlichen Anspruch gegen den Schuldner haben.

Persönliche Gläubiger sind diejenigen, denen der Schuldner persönlich haftet. Dingliche Ansprüche sind daher von der Teilnahme ausgeschlossen, ebenso z. B. Mitgliedsrechte bei Handelsgesellschaften. Wie das Aktivvermögen eines Einzelkaufmanns keine Forderung an sein Geschäft ist, ebensowenig gibt die Einlage des offenen Handelsgesellschafters oder Aktionärs diesen die Stellung eines persönlichen Gläubigers. Soweit jedoch ihre Ansprüche mit der Kapitalbeteiligung nichts zu tun haben, z. B. auf Grund von Aufwendungen nach § 110 HGB. oder eines mit der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfts, zählen sie zu ihnen [15]). Auf Grund von § 341 HGB. darf aber der stille Gesellschafter seine Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Anteils an Verlust übersteigt, als Forderung im Geschäftsaufsichtsverfahren geltend machen [16]). Zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen gehören nicht alle einen Vermögenswert für die Gläubiger darstellenden Ansprüche. Ziel der VO. ist, die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bzw. seine Überschuldung zu beheben, oder den Konkurs durch Übereinkommen mit den Gläubigern abzuwenden (§ 1 Abs. 2). Es sind daher nach §§ 6, 21 Abs. 4 VO. Zwangszugriffe in das schuldnerische Vermögen für die Dauer des Verfahrens verboten. Es besteht aber kein Anlaß, solche Zwangsmaßnahmen zu verbieten, die das eigentliche

[14]) Bendix, Leipz. Z. 1917 S. 158.

[15]) Jäger, J. W. S. 190 Sp. 2; derf. KO. §§ 3 Anm. 6, 207 Anm. 14 und 18, 209 Anm. 15; Klimmer S. 33; OLG. Bd. 42 S. 77.

[16]) Jäger, J. W. 17 S. 190 Sp. 2 oben.

Vermögen des Schuldners nicht schmälern, sich vielmehr ausschließlich gegen die Person des Schuldners richten, ohne seinen Vermögensstand zu berühren. Ansprüche, die auf Verletzung des Namens- und Firmenrechts beruhen (§§ 12 BGB., 37 HGB.), Forderungen auf Erteilung von Zeugnissen, Vorlegung von Büchern, Rechnungslegung, reine Unterlassungs- und Duldungsansprüche werden daher vom Geschäftsaufsichtsverfahren nicht betroffen, ihre Gläubiger nehmen am Zwangsvergleich nicht teil [17]). Eine gegen den Schuldner nach §§ 888, 890 ZPO. verhängte Haft kann demnach trotz des Geschäftsaufsichts- und Vergleichsverfahrens vollstreckt werden.

Falls sich aber der vom Geschäftsaufsichtsverfahren nicht betroffene Anspruch, z. B. auf ein Unterlassen, auf Grund von den §§ 280, 286 BGB. in eine Schadensersatzforderung verwandelt, wird diese, wenn sie vor Anordnung des Verfahrens entstanden ist, als ein gegen das Vermögen gerichteter Anspruch stets vom Verfahren betroffen. Ist sie nachher entstanden, so gilt sie nur dann als bevorrechtigt, wenn die Voraussetzungen von § 13 Nr. 1 VO. vorliegen [18]).

Im Gegensatz zu § 3 der KO. kommt es nicht darauf an, ob der Anspruch vor oder nach Anordnung der Geschäftsaufsicht begründet ist. Ebenso ist der Rechtsgrund der Forderung gleichgültig. Sie kann auf Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen, unerlaubter Handlung oder Gesetz beruhen.

Die durch den Vergleich angestrebte Klärung der schuldnerischen Vermögenslage wäre unmöglich, wenn nicht gleichzeitig die betagten, bedingten und wiederkehrenden Forderungen geregelt würden. Im § 36 VO. sind daher die Bestimmungen der §§ 65, 66 und 69, 70 KO. für anwendbar erklärt. Betagte Forderungen gelten als fällig, Forderungen unter auflösender Bedingung werden wie unbedingte geltend gemacht, wiederkehrende Hebungen von bestimmter Zeitdauer oder zu einem bestimmten Betrage sind zu kapitalisieren, bei unbestimmtem Betrage oder unbestimmter Zeitdauer dagegen nach ihrem Schätzungswert geltend zu machen. Die Anwendung des § 67 KO. ist nicht vorgesehen, eine entsprechende Bestimmung findet sich aber im § 48 Abs. 2 VO.

b) 2. Die Nichtbeteiligten.

Der Zwangsvergleich ist ein Teil des Geschäftsaufsichtsverfahrens. Er gibt dem Schuldner die Möglichkeit, das letztere zu beendigen (vgl. §§ 28, 42, 45, 49, 69). Am Vergleich kann daher nur teilnehmen, wer von der Geschäftsaufsicht betroffen wird. Ausgeschlossen sind dem-

[17]) Klien § 4 Anm. 1 b; Zweigert § 4 Anm. 2; Jäger, J. W. 17 S. 190; Breit a. a. O. S. 169; Heilberg a. a. O. S. 853; Cahn, Nachtr. S. 30 Abs. 3; a. A. Levy S. 83.

[18]) Zweigert § 4 Anm. 2; Klimmer § 4 III a; Jäger S. 190 Sp. 1 B.

nach die in § 13 Abs. 1 genannten Gläubiger. Aber auch von den Aufsichtsgläubigern ist einigen laut Bestimmung in § 33 Abs. 2 die Teilnahme am Vergleichsverfahren versagt.

Die ausgeschlossenen Gläubiger haben im Vergleichsverfahren weder Rechte noch erleiden sie durch den Abschluß des Vergleichs Nachteile. Sie werden bei Berechnung der Mehrheiten nicht mitgerechnet (s. §§ 37 und 41 Nr. 2) und haben im Vergleichstermin (§ 47) weder ein Stimmrecht noch das Recht, der Geltendmachung einer Forderung zu widersprechen. Andererseits bleiben sie von den Wirkungen des Vergleichs unberührt (s. aber § 62).

Dabei sind die in den §§ 13 und 33 Abs. 2 genannten Gläubiger scharf voneinander zu scheiden. Das Recht trotz Anordnung der Geschäftsaufsicht ungehindert zu vollstrecken (§ 6 Abs. 2), steht den in § 33 Nr. 1—5 benannten Gläubigern nur dann zu, wenn sie gleichzeitig zu den in § 13 Abs. 1 aufgeführten gehören. Der bloße Ausschluß vom Vergleichsverfahren gewährt ihnen noch nicht die Befugnis, ungehinderten Zugriff am schuldnerischen Vermögen zu nehmen. Nur solche Gläubiger, die unter § 13 Abs. 1 fallen, sind auch von den Nachteilen der §§ 8 und 12 VO. befreit [19]).

Vom Vergleichsverfahren sind nach §§ 33 Abs. 2, 13 VO. ausgeschlossen zunächst die Gläubiger, deren Ansprüche auf Rechtshandlungen des Schuldners beruhen, die dieser gemäß § 3 Abs. 2 und 3 VO. nach Anordnung der Geschäftsaufsicht mit Zustimmung der Aufsichtsperson vorgenommen hat oder ohne Zustimmung vornehmen durfte, die Neugläubiger. Was „Rechtshandlungen" des Schuldners bedeutet, ist sehr umstritten. Der Begriff ist umfassender als der Begriff der Rechtsgeschäfte. Nach Zweigert S. 47 und Levy S. 72 umschließt er nicht nur obligatorische Verträge und dingliche Verfügungen, sondern auch die Rechtshandlungen im engeren Sinne wie Mängelrüge, Kündigung, Mahnung, Anfechtung, Rücktrittserklärung usw. Dagegen geht Bovensiepen a. a. O. S. 63 von der Definition von Enneccerus a. a. O. S. 331 aus und sagt, Rechtshandlungen seien alle diejenigen menschlichen Willensbetätigungen, die geeignet sind, nach den Vorschriften der Rechtsordnung eine rechtliche Wirkung herbeizuführen. Er zählt daher zu ihnen nicht nur die Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen im engeren Sinne, sondern auch Delikte und schuldlose nach gesetzlicher Vorschrift zum Schadenersatz verpflichtende Handlungen. Betreibt der Schuldner also mit Zustimmung der Aufsichtsperson ein Fuhrgeschäft weiter, und wird durch das Tier jemand verletzt, so wird der Anspruch aus § 833 BGB. nach Zweigert und Levy vom Verfahren betroffen, nach Bovensiepen nicht.

---

[19]) Zweigert § 33 Anm. 5; Klimmer § 33 Anm. III Nr. 1 a. E.; Cahn S. 77.

Schon Breit weist S. 168 darauf hin, daß der Ausdruck „Rechtshandlungen" ziemlich weit zu fassen sei, und nicht nur Rechtsgeschäfte und rechtsgeschäftsähnliche Handlungen enthalte, sondern auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung hierher gehören könnten. Halte z. B. der Schuldner mit Zustimmung der Aufsichtsperson ein Tier oder einen Kraftwagen und komme ein Dritter durch diese zu Schaden, so sei seine Ersatzforderung privilegiert. Gleicher Ansicht sind Klimmer S. 74 und Jäger S. 190, 191. Der letztere fordert, wenn der Anspruch vom Geschäftsaufsichtsverfahren ausgenommen sein soll, stets eine Beziehung zu einem beaufsichtigten Betriebe: ein Halten für die Zwecke dieses Betriebes, einen Eingriff in Ausübung desselben. Wird z. B. der Schade durch einen von der beaufsichtigten Kraftfahrzeug-Gesellschaft gehaltenen Wagen verursacht, wird ein Gast in einer unter Aufsicht stehenden Gastwirtschaft geschädigt, so sollen die Forderungen der Verletzten bevorrechtigt sein, auch wenn sie auf Delikt bzw. Gefährdungshaftung beruhen. Ein Schadensersatzanspruch, den der Schuldner persönlich verschuldet hat, oder der von seinem Luxushund angerichtet ist, soll dagegen vom Verfahren betroffen werden.

Obwohl Jäger an sich Ansprüche aus unerlaubter Handlung des Aufsichtsschuldners und seiner gesetzlichen Gefährdungshaftpflicht am Verfahren teilnehmen läßt und sich daher bezüglich des Begriffs „Rechtshandlungen" auf den Standpunkt Zweigerts und Levys stellt[20]), kommt er durch das eben Gesagte tatsächlich zum gleichen Ergebnis wie Bovensiepen.

Die Bevorzugung der Gläubiger, deren Ansprüche auf Rechtshandlungen des Schuldners im engeren Sinne beruhen, ist zweifellos gerechtfertigt. Denn keiner würde mit einem unter Geschäftsaufsicht stehenden Schuldner in Verbindung treten, wenn er nicht die Gewähr hätte, wegen der aus den schuldnerischen Rechtshandlungen entstehenden Ansprüche ungehindert gegen ihn vorgehen zu können. Bedenklich ist aber, auf Delikts- und Gefährdungshaftung beruhende Forderungen, die auf einen unter Geschäftsaufsicht stehenden Betrieb zurückzuführen sind, vom Geschäftsaufsichtsverfahren r e s t l o s auszuschließen. Warum soll jemand, der zu dem beaufsichtigten Betriebe keine Beziehungen hat, und vom Pferde eines unter Geschäftsaufsicht stehenden Tierhalters geschlagen wird, besser dastehen, als jemand, der v o r Anordnung des Verfahrens das gleiche Unglück gehabt hat oder n a c h h e r vom Luxuspferd getroffen wird? Es geht zu weit, Schadensersatzansprüche solcher Personen, die mit dem Schuldner in keiner Verbindung gestanden haben, auf Rechtshandlungen von ihm zurückzuführen. Der Zweck des § 13 Nr. 1 ist in erster Linie, Dritte zu ermutigen, mit dem beaufsichtigten Schuldner in Geschäftsverkehr zu treten. Das Vollstreckungsverbot des § 6 Abs. 2 gilt für sie daher nicht. Solchen Personen, denen

[20]) Jäger, J. W. 17 S. 190 Sp. 2 Zeile 27 ff. von unten.

der Schuldner durch einen unglücklichen Zufall etwas schuldig geworden ist, kann das Privileg nicht gewährt werden. Denn bei ihnen fehlen die Voraussetzungen, die die Bevorzugung der mit dem beaufsichtigten Gemeinschuldner in geschäftliche Verbindung getretenen Gläubiger veranlaßt hat.

Richtig wird sein, zu sagen: Entsteht der Schade in Erfüllung einer Verbindlichkeit des Schuldners, wird z. B. das ihm gehörige Tier, mit dem er unter Zustimmung der Aufsichtsperson Fuhren besorgt, scheu und schlägt den Vertragsgegner oder dessen Erfüllungsgehilfen, so sind diese mit ihren Entschädigungsansprüchen vom Vergleichsverfahren ausgeschlossen. Denn sie müssen auch gegen solchen Schaden geschützt sein, der auf den mit dem Schuldner geschlossenen Vertrag zurückzuführen ist, für den der letztere vertraglich aber nicht haftbar gemacht werden kann.

Wird aber ein unbeteiligter Dritter vom Pferde getroffen, so gehört er zu den beteiligten Gläubigern. Nur in diesem Umfange kann den Ausführungen Jägers S. 190 und 191 und Kliens § 13 Anm. 1 beigepflichtet werden. Im Gegensatz zu beiden würden daher Ansprüche, die daraus entstanden sind, daß der Schuldner in einem ihm überlassenen Betriebe grob-fahrlässig ein fremdes Patent verletzt, in gleicher Weise am Vergleich beteiligt ist, wie Ansprüche, die auf Patentverletzung in einem heimlich gegen den Willen der Aufsichtsperson weitergeführten Betriebe beruhen.

Bevorrechtigt müssen auch Ansprüche sein, die die Aufsichtsperson selbst oder ein von ihr Bevollmächtigter eingegangen ist [21]). Nach dem Wortlaut der VO. fallen sie an sich nicht unter § 13 Nr. 1. Der Sinn des Gesetzes gebietet aber, alle diese Forderungen ebenfalls vom Vergleich auszunehmen, wenn die Aufsichtsperson unzweifelhaft im Interesse des Schuldners tätig sein wollte [22]).

Nach §§ 33 Abs. 2, 13 Nr. 2 VO. sind am Vergleichsverfahren ferner nicht beteiligt Gläubiger, deren Ansprüche auf einem gegenseitigen Vertrage beruhen, der zur Zeit der Anordnung der Geschäftsaufsicht von dem Schuldner und von dem anderen Teil noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt war. Die Vorschrift bezieht sich nur auf solche Verträge, bei denen die Verpflichtungen beider Teile wesentlich sind und die Leistung des einen Teils das Entgelt für die Leistung des Gegners ist. Einseitig verpflichtende Verträge, wie Darlehn oder Auslobung scheiden daher aus, ebenso die Verträge, bei denen zwar von beiden Seiten Leistungen zu machen sind, denen aber die Äquivalenz fehlt, die unvollkommen zweiseitigen Verträge, z. B. Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Leihe [23]).

---

[21]) Zweigert § 13 Anm. 2; Jäger S. 191.

[22]) Bovensiepen S. 63; Klimmer S. 74.

[23]) Cahn S. 128; Klimmer § 9 Anm. 2; Bovensiepen § 9 Anm. 1; Zweigert § 9 Anm. 2; Jäger a. a. O. § 17 Anm. 1—3; RG. in Gruchot Bd. 53 S. 1124.

Die Vorschrift setzt voraus, daß der Vertrag zur Zeit der Anordnung der Geschäftsordnung noch von keiner Seite erfüllt war. Hatte also der Gläubiger bereits voll geleistet, so kann er seine Gegenforderung nur als beteiligten Anspruch geltend machen. Hat er dagegen erst eine Teilleistung gemacht, genießt er wegen seiner Ansprüche das Vorrecht des § 13 Nr. 2.

Macht der Schuldner, nachdem der Gläubiger bereits zum Teil geleistet hat, von dem ihm im § 9 gegebenen Recht Gebrauch und lehnt die Erfüllung ab, so werden die Ansprüche des Gegners auf Schadensersatz (§ 9 Abs. 2) laut ausdrücklicher Vorschrift in § 13 Abs. 2 vom Verfahren betroffen. Wenn nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner bereits teilweise geleistet hatte und alsdann die völlige Erfüllung ablehnt, muß der Gläubiger die schuldnerische Vorausleistung bei seinem Schadensersatzanspruch berücksichtigen.

Liegen die Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Nr. 2 vor, hat der Schuldner aber von seinem Ablehnungsrecht nach § 10 keinen Gebrauch gemacht, und fordert der Gläubiger wegen verschuldeten Unmöglichwerdens der Leistung oder Verzug nach §§ 325, 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so fällt diese Forderung nach Ansicht Jägers S. 91 b, Klimmers S. 76 II a und Zweigerts S. 48 Anm. 5 unter § 13 Nr. 2 und kann trotz Anordnung der Geschäftsaufsicht vollstreckt werden.

Dem ist beizupflichten. Im § 13 Nr. 2 werden nicht die Ansprüche auf Erfüllung bevorzugt, sondern die auf einem noch von keiner Seite voll erfüllten Vertrage beruhenden Ansprüche. Hierunter fallen auch Schadensersatzforderungen, auch sie sind daher am Zwangsvergleich nicht beteiligt.

War aber der Anspruch auf Erfüllung des Vertrages zur Zeit der Anordnung der Geschäftsaufsicht schon ausgeschlossen, weil die dem Schuldner vom Gläubiger nach § 326 BGB. gesetzte Nachfrist abgelaufen war, so ist der Gläubiger mit seinem Schadensersatzanspruch am Vergleich beteiligt. § 13 Nr. 2 trifft für diesen Fall nicht zu [24]).

Besteht zwischen den Parteien ein Schuldverhältnis derart, daß die gegenseitigen Verbindlichkeiten laut ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung für aufeinanderfolgende Zeitabschnitte fortlaufend neu entstehen, z. B. Miete, Lieferung von Gas und Wasser, so sollen nach Jäger J. W. 1917 S. 191 Ansprüche für die Zeit vor dem Verfahren Altschulden bilden, die gemäß § 4 vom Verfahren betroffen werden. Ansprüche für die Zeit nach Anordnung der Geschäftsaufsicht sollen dagegen vom Verfahren gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 2 unberührt bleiben.

---

[24]) OLG. Band 43 S. 37.

Dies ist nicht unbedingt richtig. Auch Forderungen der Gläubiger aus Zeitabschnitten, die zur Zeit der Eröffnung des Geschäftsaufsichtsverfahrens längst abgelaufen waren, können noch zu den bevorrechtigten, nicht am Vergleich beteiligten, gehören, wenn die Voraussetzungen des § 13 Nr. 2 vorliegen. Dies trifft z. B. zu, wenn der Gläubiger dem Schuldner, der zahlungsunfähig war, eine bestimmt vereinbarte Menge Gas u. a. überhaupt nicht oder erst zum Teil geliefert hätte. Zu den am Vergleich beteiligten Altschulden würde seine Forderung nur gehören, wenn er selbst zur Zeit der Anordnung der Geschäftsaufsicht voll erfüllt hätte.

Eine Sonderstellung haben auch die im Konkurs aussonderungsberechtigten Gläubiger nach § 13 Nr. 3 VO. Merkmal des Aussonderungsrechts ist, daß sich im Vermögen des Schuldners ein ihm nicht gehörender Gegenstand befindet, dessen Inanspruchnahme für die Masse sich der Gläubiger widersetzt. Im allgemeinen wird Herausgabe des Gegenstandes verlangt werden [25]). Denkbar ist aber, worauf Jäger KO. § 43 Anm. 7 hinweist, daß der Gläubiger nur die Anerkennung seines Eigentums an einem im schuldnerischen Vermögen befindlichen Gegenstand verlangt, z. B. wenn zugunsten des Schuldners ein Pfandrecht bestellt ist.

Durch Fortfall der Bezugnahme auf § 43 KO., die § 9 Nr. 2 der VO. vom 8. August 1914 enthielt, ist klargestellt, daß jetzt alle Aussonderungsberechtigten vom Geschäftsaufsichtsverfahren und konkursabwendenden Zwangsvergleich ausgeschlossen sind. In Betracht kommen in erster Linie die Forderungen auf Grund eines dinglichen oder obligatorischen Rechts, z. B. Eigentumsansprüche, Rechte auf Herausgabe eines Gegenstandes, an dem der Gläubiger ein dingliches Recht, z. B. einen Nießbrauch, hat [26]), schuldrechtliche Herausgabeansprüche auf Grund eines abgelaufenen Leihe-, Miets-, Hinterlegungsvertrages usw.

Auch das Verfolgungsrecht des Verkäufers oder Einkaufskommissionärs nach § 44 KO. und das Recht auf Ersatzaussonderung nach § 46 KO. gehört hierher. Im Falle des Geschäftsaufsichtsverfahrens über das Vermögen des Kommissionärs kann der Kommittent die Forderung des Verkaufskommissionärs auf Zahlung des Kaufpreises und die des Einkaufskommissionärs auf Warenlieferung nach § 392 Abs. 2 HGB. ungehindert pfänden und sich überweisen lassen. Befinden sich das Geld oder die Waren schon im Besitz des Kommissionärs, so würde dem Kommittenten ein Aussonderungsrecht nur zustehen, wenn er durch constitutum possessorium nach § 930 BGB., Selbstkontrahieren des Kommissionärs oder gemäß § 7 Depot-Gesetz (RGBl. 1896 S. 185) Eigentum erlangt hätte [27]).

[25]) RG. Band 40 S. 6 unten.

[26]) In Wahrheit bildet hier das Nießbrauchsrecht den Aussonderungsgegenstand; Jäger, KO. § 43 Anm. 26.

[27]) Klimmer S. 77, 78; Jäger S. 191.

Die Ehefrau des Schuldners kann nach § 45 KO. Gegenstände, die sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen, wenn sie beweist, daß diese nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind. Nur unter den gleichen Einschränkungen wird man ihr ein Aussonderungsrecht im Geschäftsaufsichtsverfahren zubilligen können [28]).

Obligatorische Ansprüche auf Verschaffung eines noch im Eigentum des Schuldners stehenden Gegenstandes gewähren kein Aussonderungsrecht. Fraglich ist, ob ein zur Zeit der Anordnung der Geschäftsaufsicht durch Vormerkung gesicherter Anspruch vom Geschäftsaufsichts- und Vergleichsverfahren betroffen wird oder verwirklicht werden kann. Denn hier befindet sich der Gegenstand noch im Eigentum des Schuldners. Eine dem § 24 KO. entsprechende Regelung, nach der der Vormerkungsberechtigte vom Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruchs, also die Eintragung seines Rechts verlangen kann, fehlt. Trotzdem muß die Frage bejaht werden, die Vormerkung sichert den Anspruch dinglich. Seine Verwirklichung darf daher ebensowenig wie im Konkurs durch das Geschäftsaufsichtsverfahren unterbunden werden. Ein durch Vormerkung gesicherter Gläubiger kann daher seinen Anspruch, evtl. im Prozeßwege, verfolgen und ungehindert durch das schwebende Geschäftsaufsichtsverfahren verwirklichen [29]).

Verfolgt werden kann ein Aussonderungsrecht aber erst dann, wenn es fällig geworden ist. Die Fälligkeit tritt nicht schon mit Anordnung der Geschäftsaufsicht ein. Der Eigentümer kann vom Schuldner den vermieteten Gegenstand daher erst nach Ablauf der Mietszeit herausfordern. Die Möglichkeit kann schon vor dem ursprünglichen Fälligkeitstermin eintreten, wenn der Schuldner den Vertrag gemäß § 10 VO. kündigt.

Bestimmungen über Anfechtungen von Rechtshandlungen, die vor Eröffnung des Geschäftsaufsichtsverfahrens vorgenommen sind, fehlen [30]). Der Abschluß eines Zwangsvergleichs wird dadurch oft erschwert werden, da das Gericht, um eine Gelegenheit zur Anfechtung im späteren Konkurs zu geben, verpflichtet ist, den Vergleich nach § 54 zu verwerfen.

Um den gröbsten Mißbräuchen entgegenzutreten, ist durch die VO. vom 14. Juni 1924 in § 21 Abs. 1 bestimmt, daß Zwangsvollstreckungen, die zugunsten der nach Anordnung der Geschäftsaufsicht von dem Verfahren betroffenen Gläubiger in der Zeit nach Eingang des Antrags, aber vor der Entscheidung über ihn eingeleitet werden, für das Verfahren der Geschäftsaufsicht ohne rechtliche Wirksamkeit sind. War also z. B. der Schuldner zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache verpflichtet, und hat der vom Verfahren betroffene

[28]) Klimmer S. 78.

[29]) Kretzschmar a. a. O. S. 48; Cahn S. 92 Nr. 6; OLG. Dresden in J.W. 1917 S. 303 Sp. 2; Jäger S. 192 Sp. 1.

[30]) Jäger, J. W. 1917 S. 326 Sp. 1 Abs. 2.

Gläubiger seinen Anspruch in der kritischen Zeit durch Zwangsvollstreckung gemäß §§ 894, 897 ZPO. verwirklicht, ist sein Rechtserwerb für das Geschäftsaufsichtsverfahren unwirksam. Er bleibt vielmehr mit seinem obligatorischen Anspruch auf Eigentumsübertragung am Vergleich beteiligt.

Bestritten ist:

1. ob der Schuldner nach Anordnung der Geschäftsaufsicht noch ein Aussonderungsrecht begründen,
2. ob, wenn dies möglich ist, das Recht während des Verfahrens vom Gläubiger geltend gemacht werden kann.

Breit a. a. O. 168 sagt: Es kann wohl kaum ein Zweifel aufkommen, daß der Schuldner n i c h t etwa nach Anordnung der Geschäftsaufsicht ohne Zustimmung des Aufsichtsführers einem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Sicherungseigentum einräumen kann mit der Wirkung, daß der Gläubiger nunmehr aus seinem dinglichen Recht exekutierbare Ansprüche erwirbt. Das Exekutionsprivileg der aussonderungsberechtigten Gläubiger erstreckt sich mithin, soweit diese Ansprüche ihren Grund in Willenserklärung des Schuldners haben, nur auf solche Rechte, die aus früher geschlossenen Verträgen herrühren. ... Soweit Aussonderungsrechte unabhängig vom Willen des Schuldners entstehen, sind sie privilegiert, auch wenn sie erst nach Anordnung der Geschäftsaufsicht zur Entstehung gelangen!

Obwohl der Wortlaut des ersten Satzes zu Zweifeln Anlaß gibt, muß man aus den von Breit gezogenen Folgerungen schließen, daß er die Begründung von Aussonderungsrechten durch den Schuldner an Gegenständen seines Vermögens während der Geschäftsaufsicht weder mit noch ohne Zustimmung der Aufsichtsperson für zulässig hält [31]).

Dies ist unzutreffend. Dem unter Geschäftsaufsicht stehenden Schuldner sind durch § 3 Abs. 2 und 3 der VO. keine dinglichen Schranken gesetzt [32]). Er „s o l l" keine Verfügungen vornehmen. Handelt er dem Verbot aber zuwider, ist seine Verfügung gültig [33]).

Dagegen verneint Klimmer S. 75 und 76, daß die ohne die Voraussetzungen des § 13 Nr. 1 begründeten Aus- und Absonderungsrechte während der Geschäftsaufsicht verwirklicht werden könnten. Er kommt hierzu durch folgende Erörterung. Da nach § 4 VO. nur persönliche Gläubiger vom Verfahren betroffen würden, könne man nicht sagen, daß auch dingliche Ansprüche beteiligt seien. Andererseits gehörten ohne Zustimmung der Aufsichtsperson begründete Aussonderungsrechte nicht zu den in § 13 bezeichneten Rechten. Sie seien also gültig,

---

[31]) Jäger S. 192 Sp. 1, Abs. III; Klimmer S. 79e.

[32]) Bendix S. 161 Z. 5.

[33]) Klimmer § 13, 1 g; Jäger S. 92 Sp. 1 Abs. III; Zweigert § 13 Anm. 6 b: „Ob der Schuldner hierbei mit oder ohne Zustimmung der Aufsichtsperson gehandelt hat, ist für die dingliche Wirksamkeit des Aussonderungsrechts belanglos."

während des Verfahrens aber nicht vollstreckbar. Die Gläubiger seien Gläubigern gleichzustellen, die auf Befriedigung aus der Sache während der Geschäftsaufsicht ganz verzichtet hätten. Dies ist unhaltbar. Da in § 13 Nr. 3 Aussonderungsrechte ausdrücklich vom Verfahren ausgenommen sind, können die Berechtigten vollstrecken, gleichgültig, ob die Zustimmung der Aufsichtsperson vorhanden war[34]).

Hat der Schuldner z. B. Eigentum durch constitutum possessorium eigenmächtig übertragen, und läuft die vereinbarte Leihfrist noch während des Geschäftsaufsichtsverfahrens ab, so kann der Gläubiger als aussonderungsberechtigter Eigentümer seine Forderung auf Herausgabe zwangsweise verwirklichen, wenn der Schuldner die Freigabe verweigert.

Ein Schade wird selten eintreten. Wenn der Schuldner eigenmächtig handelt, kann das Geschäftsaufsichtsverfahren nach § 66 Abs. 2 Nr. 1 aufgehoben werden, so daß die Eröffnung des Konkurses droht. Schädigt die schuldnerische Verfügung die Gläubiger, und besteht Aussicht, sie im Konkurs wirksam anfechten zu können, muß ferner der Vergleich nach § 54 Nr. 5 verworfen werden[35]).

Nach § 33 Abs. 2 VO. ist daher am konkursabwendenden Zwangsvergleich nicht beteiligt, wer vor Eröffnung des Geschäftsaufsichtsverfahrens ein Aussonderungsrecht hatte oder dem während des Verfahrens ein solches vom Schuldner oder der geschäftsführenden Aufsichtsperson[36]) begründet ist.

Trotz Verbots der Zwangsvollstreckung ist auch den vom Verfahren betroffenen Gläubigern in § 12 während der Dauer der Geschäftsaufsicht ausdrücklich das Recht gegeben, auf Leistung zu klagen. Eine Besonderheit ergibt sich, wenn der Schuldner zur Leistung einer Willenserklärung verpflichtet ist. Wenn auf die Klage des Gläubigers der Schuldner rechtskräftig verurteilt ist, so gilt damit nach § 894 ZPO. die Erklärung als abgegeben, die Leistung als erfüllt. Der Gläubiger kann auf Grund des Urteils seine Eintragung ins Grundbuch beantragen und damit Eigentum erwerben[37]).

Das Urteil hat also Vollstreckungswirkung. Andererseits sind aber Zwangsvollstreckungen zugunsten der vom Verfahren betroffenen Gläubiger nach § 6 VO. unstatthaft. Das OLG. Düsseldorf hat in einem ihm vorliegenden Fall erklärt, durch die im Gesetz aufgestellte Fiktion werde die Leistung mit Eintritt der Rechtskraft als bewirkt angesehen; eine Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner sei nicht mehr nötig. Die Geltendmachung des Urteils sei kein Akt der Zwangsvollstreckung[38]). Diesem Standpunkt haben sich Bovensiepen § 6 Anm. 4,

---

[34]) Kretzschmar S. 46 Z. 30; Jäger S. 193 Z. 6 ff.
[35]) Cahn S. 272; Bovensiepen § 54 Anm. 10.
[36]) Klimmer S. 16.
[37]) Güthe §19 Anm. 90 ff.
[38]) D. J.-Z. 1915 S. 216.

Levy S. 84, Cahn S. 93, Aehnelt S. 495 angeschlossen. Die Folge ist, daß ein Gläubiger, demgegenüber sich der unter Geschäftsaufsicht stehende Schuldner ohne Zustimmung der Aufsichtsperson zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück verpflichtet hat, auf Leistung, also Auflassung, klagen und auf Grund des rechtskräftigen Urteils seine Eintragung im Grundbuch erreichen kann.

Dagegen ist trotz des unbilligen Ergebnisses nichts einzuwenden. Auch Predari Grundbuchordnung § 19 Anm. 15 a. E. und Jäger KO. § 14 Anm. 19 a. E. bezeichnen die mit Hilfe eines Urteils nach § 894 ZPO. erzielte Eintragung nicht als Zwangsvollstreckung.

Hiernach erreicht auch der vom Verfahren betroffene Gläubiger ein Aussonderungsrecht. Trotz des Geschäftsaufsichts- und Vergleichverfahrens kann er das Grundstück vom Schuldner vindizieren, wenn dieser es für sein Vermögen in Anspruch nehmen will.

Zur Vermeidung dieses Ergebnisses schlägt Breit S. 170 vor, einen Zusatz im Urteil dahin zu machen, daß die Erklärung erst mit Beendigung der Geschäftsaufsicht als abgegeben gelte [39]). Er sagt, der Standpunkt des OLG. Düsseldorf sei logisch unanfechtbar, widerspreche aber dem Gedanken der Geschäftsaufsicht. Es müsse gleich sein, ob die Vollstreckungswirkung durch einen Akt des Gerichtsvollziehers, des Vollstreckungs- oder Prozeßrichters eintrete. Das Reichsgericht hat einen solchen Zusatz für unbedenklich erklärt [40]).

Durch die Zulässigkeit dieses Zusatzes wird die Frage der Vollstreckbarkeit des Urteils vor das Prozeßgericht gebracht, dessen Aufgabe darin besteht, festzustellen, ob der Anspruch materiell begründet ist. Dem Richter würde also, wie Cahn S. 93 Abschn. 7 sagt, zugemutet, in jedem Rechtsstreit zu prüfen, ob die Aufsichtsperson ihre Zustimmung erteilt hat, bzw. der Kläger bevorrechtigter oder nicht bevorrechtigter Gläubiger ist. Dies lehnen Bovensiepen S. 48 und 49 und Levy S. 82 ab.

Ihre Gründe sind nicht stichhaltig. In § 240 ZPO. z. B. muß das Gericht im Fall der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei prüfen, ob das Verfahren die Konkursmasse betrifft. Dies entspricht einer Prüfung, ob ein Anspruch vom Geschäftsaufsichtsverfahren betroffen ist oder nicht. Eine unbillige Zumutung an das Gericht wäre dies Verlangen also nicht.

Trotzdem muß man ihnen im Ergebnis recht geben. Eine Vorschrift, daß schwebende Prozesse während des Geschäftsaufsichtsverfahrens unterbrochen werden oder neue nicht eingeleitet werden dürfen, fehlt. Sind aber Prozesse und damit Klagen auf Abgabe einer Willenserklärung gestattet, dann dürfen und müssen sie, wenn sie dazu reif sind, entschieden werden (§ 300 ZPO.). Die weiteren Folgen

[39]) Zweigert S. 38; Jäger S. 196 Sp. 1.
[40]) S. J. W. 1917 S. 162 Sp. 2.

des Urteils können hier nicht berücksichtigt werden. Durch Zulassung der oben erwähnten Bemerkung würde zwar die Entscheidung selbst nicht herausgezögert, ihr aber eine gesetzlich verliehene Wirkung genommen werden. Was dem Gericht dies Recht geben soll, ist nicht ersichtlich. Wenn das Urteil infolge Bewirkung der Eintragung Schaden anrichtet, so liegt dies an einem Mangel im Gesetz, worauf auch Cahn S. 43 hinweist.

Eine unerwünschte Folge würde, worauf Levy hinweist, ein solcher Zusatz auch haben, wenn der betroffene Gläubiger z. B. durch nachträgliche Zustimmung der Aufsichtsperson vom Verfahren ausgeschlossen würde. Er wäre bevorrechtigt, könnte aber nicht vollstrecken.

Aehnelt will dieser Folge durch Fassung des Tenors analog § 726 ZPO. entgehen, so daß der Gläubiger die Vollstreckungsklausel durch Nachweis der Beendigung des Geschäftsaufsichtsverfahrens bzw. Zustimmung der Aufsichtsperson erwirken kann. Auch dies muß abgelehnt werden, es sei denn, daß der Kläger einen solchen Antrag gestellt hat. Ein am Verfahren nicht beteiligter Gläubiger, der z. B. eine Bescheinigung über die Zustimmung der Aufsichtsperson wegen deren Abwesenheit nicht vorlegen kann, könnte geschädigt werden.

Die Zwangsvollstreckung bezweckt die zwangsweise Durchführung eines Anspruchs. Grundlagen für sie können daher nur Urteile auf eine Leistung sein. Feststellungs- und Rechtsgestaltungsklagen sind einer Vollstreckung nicht fähig. Trotzdem haben sie Folgen. Sie dienen z. B. gemäß § 146 KO. zur Berichtigung der Konkurstabelle und nach § 55 des Personenstandsgesetzes zur Berichtigung des Standesregisters.

Nun erklärt die ZPO. Urteile für vorläufig vollstreckbar, ohne ihren Inhalt auf Leistungsansprüche zu beschränken, z. B. in §§ 708 Nr. 2—4, 709 Nr. 1—3. Sie verbietet im § 704 Abs. 2 die vorläufige Vollstreckbarkeit in Ehe- und Kindschaftssachen, obwohl es sich hier mit Ausnahme von den in § 888 Abs. 2 ZPO. genannten Ansprüchen um keine Leistungsklagen handelt.

Hieraus schließt Gaupp-Stein Vorbemerkung zu § 704 III, daß auch diese weiteren Wirkungen Teile der Urteilsvollstreckung seien. „Vollstreckbarkeit im Sinne der ZPO. ist die Fähigkeit des Urteils, die Grundlage der Zwangsvollstreckung im engeren Sinne oder der sonstigen realen Urteilswirkungen zu sein [41])."

Er bezeichnet daher auch die Eintragung ins Grundbuch auf Grund eines Urteils nach § 894 ZPO. als Zwangsvollstreckungswirkung im weiteren Sinne [42]).

Hierauf gestützt sagt Kretzschmar J. W. 1917 S. 303 u. 304, die Eintragung auf Grund eines solchen Urteils habe die Natur einer Vollstreckung, könne also nicht vorgenommen werden. So begrüßens-

[41]) Gaupp-Stein a. a. O. S. 335.
[42]) Gaupp-Stein § 894 III.

wert vom praktischen Standpunkt aus diese Lösung ist, kann das Verbot im § 6 Abs. 2 nicht in diesem weiten Sinne ausgelegt werden. Zweifellos hat der Gesetzgeber nur die Zwangsvollstreckung im engeren Sinne gemeint, also die Erzwingung der Leistung, nicht die weiteren Folgen. Die Leistung, also die Willenserklärung, gilt aber nach § 894 ZPO. bereits mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben, ohne daß ein weiterer Zwang nötig ist. Man muß daher zu dem Ergebnis kommen, daß die Eintragung als „weitere Folge" des Urteils zulässig ist.

Auch Gläubiger, soweit sie im Falle des Konkurses abgesonderte Befriedigung beanspruchen können, sind nach §§ 33 Abs. 2, 13 Nr. 4 VO. am Vergleichsverfahren nicht beteiligt. Im Gegensatz zu Aussonderungsrechten beziehen sich die Absonderungsrechte auf Gegenstände, die noch zur Masse gehören und im Eigentum des Schuldners stehen. Sie bezwecken die vorzugsweise Befriedigung des Gläubigers aus diesen.

Die absonderungsberechtigten Gläubiger sowie die Gegenstände des Absonderungsrechts sind in den §§ 47—49, 51 und 52 KO. bezeichnet. Macht der Schuldner mit Ermächtigung des Gerichts von dem ihm im § 10 gegebenen Kündigungsrecht Gebrauch, so wird laut ausdrücklicher Bestimmung in § 13 Abs. 2 die dem Gläubiger hierdurch nach § 10 Abs. 2 entstandene Schadensersatzforderung vom Verfahren betroffen. Der Vermieter oder Verpächter kann ihretwegen das ihm zustehende Pfandrecht nicht geltend machen.

Nach § 13 Nr. 4 werden die Gläubiger, „soweit" sie im Falle des Konkurses abgesonderte Befriedigung beanspruchen können, vom Verfahren nicht betroffen. Dagegen heißt es im § 13 Nr. 3, daß Gläubiger, *denen* im Falle des Konkurses ein Anspruch auf Aussonderung zusteht, bevorrechtigt sind. Hieraus zieht Cahn § 13 2d S. 137 den Schluß, daß der Kreis der Absonderungsberechtigten durch die in der Konkursordnung ausdrücklich benannten Gläubiger begrenzt sei, die Absonderungsrechte anderer Reichs- und Landesgesetze aber nicht hierher gehören.

Diese Folgerung ist unrichtig. Der Wortlaut besagt nichts anderes, als daß die Gläubiger nur in ihrer Eigenschaft als Pfandgläubiger absonderungsberechtigt sind, und zwar ausschließlich bezüglich der dem Absonderungsrecht unterliegenden Gegenstände. Haben sie gleichzeitig eine persönliche Forderung, so sind sie mit dieser am Geschäftsaufsichts- und Vergleichsverfahren beteiligt, es sei denn, daß eine der anderen Bestimmungen des § 13 Abs. 1 VO. in Frage kommt [43]).

Soweit also andere Gesetze als die Konkursordnung abgesonderte Befriedigung gewähren, genießen auch die darin benannten Gläubiger

[43]) S. Pfeiffer a. a. O. S. 807.

das Vorrecht aus den §§ 33 Abs. 2, 13 Nr. 4 VO. Hiernach ist z. B. gemäß § 157 des Versicherungsgesetzes vom 30. Mai 1908 (RGBl. S. 296) dem Verletzten für seine Forderung gegen den versicherten Verletzer abgesonderte Befriedigung an dessen Anspruch gegen die Versicherungsanstalt gestattet, wenn der Schadensersatzpflichtige unter Geschäftsaufsicht steht [44]).

In den §§ 36 VO., 64 KO. ist ausdrücklich bestimmt, daß ein Gläubiger, der neben dem Recht auf abgesonderte Befriedigung noch eine persönliche Forderung hat, diese im Vergleichsverfahren zu dem Betrage geltend machen kann, zu dem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet oder mit dem er bei dieser ausgefallen ist. Er kann hiernach sofort auf sein Absonderungsrecht verzichten und seine Forderung im Vergleichsverfahren geltend machen, oder zunächst Befriedigung aus dem Absonderungsrecht suchen, und nur den Ausfall liquidieren. Er muß also seine Befriedigung entweder aus dem Absonderungsgegenstand o d e r der Masse suchen, bzw. zunächst aus jenem, dann aus dieser. Verboten ist aber die gleichzeitige Durchführung beider Ansprüche, ferner Beteiligung an dem Erlös der Masse mit darauf folgender Inanspruchnahme des Absonderungsgegenstandes [45]). Die Durchführung des Absonderungsrechts erfolgt unabhängig vom Vergleichsverfahren. Soweit sie ohne gerichtliches Verfahren erfolgen kann, ist der Gläubiger auch während der Geschäftsaufsicht dazu berechtigt. Ist zu seiner Befriedigung Zwangsvollstreckung notwendig, so kann er diese betreiben. Das Vollstreckungsgebot § 6 Abs. 2 hindert ihn infolge seiner Nichtbeteiligung am Geschäftsaufsichtsverfahren nicht.

In der Regel wird das Absonderungsrecht schon zur Zeit der Anordnung der Geschäftsaufsicht vorhanden sein. Bestellt der Schuldner, sei es mit oder ohne Zustimmung der Aufsichtsperson, neue Absonderungsrechte, so sind diese gültig, da die Vorschrift § 13 Abs. 2 keine dingliche Wirkung hat [46]).

Hat sich der Schuldner während der Dauer der Geschäftsaufsicht zur Bestellung eines Absonderungsrechts verpflichtet, und wird diese Verpflichtung infolge Zustimmung der Aufsichtsperson oder wegen der Möglichkeit, sie ohne diese vornehmen zu können, vom Geschäftsaufsichtsverfahren nicht betroffen, so kann der Gläubiger sein Recht auch noch während des Verfahrens durch Zwangsvollstreckung verwirklichen, denn sein Anspruch fällt unter § 13 Nr. 1 VO. Der nichtbeteiligte Gläubiger kann also z. B. ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache gemäß §§ 894 und 897 erwerben. Die zwangsweise Verwirklichung wäre aber unzulässig, wenn die Verpflichtung des Schuldners zur Bestellung des Rechts vom Verfahren betroffen würde.

[44]) Vgl. Klimmer § 13 IV. 2; Jäger S. 192 Sp. 2 Zeile 35.
[45]) S. Cahn S. 272.
[46]) S. Klimmer § 13 IV. 4; Jäger S. 193; Cahn S. 138; Kretzschmar S. 46.

Auch hier ist bestritten, ob der Mangel der Zustimmung der Aufsichtsperson bei der Begründung des Absonderungsrechts die Zwangsvollstreckung zur Verwirklichung desselben hindert. Klimmer S. 75 steht, wie schon oben bei den Aussonderungsrechten gesagt ist, auf dem Standpunkt, daß derartig begründete Rechte erst nach Aufhebung der Geschäftsaufsicht vollstreckbar seien. Levy S. 76, 77 und Cahn S. 140 a. a. O. lehnen Zwangsvollstreckungen aus Absonderungsrechten, die der unter Geschäftsaufsicht stehende Schuldner nur unter den Bedingungen von § 13 Nr. 1 begründen konnte, ebenfalls ab, billigen aber dem Gläubiger das Recht zu, sich bei beweglichen Sachen im Wege des Pfandverkaufs gemäß § 1228 BGB. zu befriedigen.

Es muß aber auch hier dasselbe gelten wie bei den Aussonderungsrechten. Da gültige Absonderungsrechte vorliegen, die Gläubiger also nach § 13 Nr. 4 nicht an der Geschäftsaufsicht beteiligt sind, können sie auch während des Vergleichsverfahrens ihre Rechte zwangsweise verwirklichen und damit die für die am Vergleich beteiligten Gläubiger zur Verfügung stehende Masse verkleinern [47]). Die Schädigung der beteiligten Gläubiger verhindern §§ 66 Abs. 2 Nr. 1, 54 Nr. 5 VO.

Hat sich der beaufsichtigte Schuldner ohne Zustimmung der Aufsichtsperson zur Bestellung einer Hypothek verpflichtet, so ist diese Verpflichtung gültig. Der Gläubiger kann also nach § 12, obwohl er am Verfahren beteiligt ist, auf Bestellung einer Hypothek klagen, ein Urteil nach § 894 ZPO. erzielen und seinen Anspruch durch Eintragung des Rechts ins Grundbuch verwirklichen. Es gilt hier dasselbe wie für Aussonderungsrechte.

Weiter sind die in § 61 Nr. 1—5 KO. bezeichneten Gläubiger nicht am konkursabwendenden Zwangsvergleich beteiligt. Mit den Kapitalsforderungen werden gemäß § 62 KO. die dort bezeichneten Nebenansprüche an derselben Stelle angesetzt.

Nicht vom Verfahren betroffen sind laut ausdrücklicher Vorschrift auch diejenigen Gläubiger, die den in § 61 Nr. 1—5 KO. genannten gesetzlich gleichgestellt sind. In Betracht kommen z. B. Handlungsgehilfen, die infolge einer Vereinbarung mit ihrem Prinzipal für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in ihrer gewerblichen Tätigkeit beschränkt sind, für die ihnen gesetzlich zustehende Entschädigungsforderung.. Diese gehört nach § 75 e HGB. zu den Dienstbezügen im Sinne des § 61 Nr. 1—5 KO.

Die amtliche Begründung zu § 13 VO. erwähnt außerdem die Forderungen nach § 28 Abs. 3 RVO. vom 19. Juli 1911 (RGBl. S. 509) [jetzt: vom 15. Dezember 1924 (RGBl. S. 779] und § 272 Abs. 3 des Versicherungsgesetzes für Angestellte vom 20. Dezember 1911 (RGBl. S. 989) [jetzt: § 212 vom 28. Mai 1924 (RGBl. S. 563]. Die den Versicherungsträgern geschuldeten Rückstände haben das Vor-

[47]) Jäger S. 193; Kretzschmar S. 46; Zweigert § 13 Anm. 7 S. 50.

recht des § 61 Nr. 1—5 KO. Der Wortlaut dieser Bestimmung ergibt, daß sie nur mit den hier bezeichneten Beträgen vom Vergleichsverfahren ausgeschlossen sind [48]).

Die nach § 61 Abs. 1 und 4 KO. bevorrechtigten Forderungen müssen innerhalb der darin bezeichneten Frist *verdient* sein. Der Gläubiger muß in diesem Zeitraum die in Betracht kommende Arbeit geleistet haben [49]). Forderungen aus früher geleisteten Diensten, die erst innerhalb der Frist fällig werden, sind nicht bevorrechtigt und am konkursabwendenden Zwangsvergleich beteiligt [50]). Hat andererseits der Gläubiger die Zahlung für die innerhalb der Frist geleisteten Dienste gestundet, so verlieren sie hierdurch das Vorrecht nicht [51]).

Die nach § 61 Nr. 2 und 3 KO. bevorrechtigten Forderungen müssen dagegen in der dort bezeichneten Zeit fällig geworden sein. Sind sie *vor* Beginn der Frist entstanden, aber bis zu einem Zeitpunkt innerhalb derselben gestundet, so nehmen sie am Verfahren nicht teil, weil es bei ihnen auf die Zeit der Fälligkeit ankommt. Ihnen stehen nach § 65 KO. gleich die innerhalb der Frist entstandenen aber betagten Forderungen [52]). Allerdings fehlt in § 61 Nr. 3 KO. ein Hinweis auf § 65, doch wird diese Bestimmung ebenfalls anzuwenden sein [53]).

In Erweiterung der konkursrechtlichen Bestimmungen sollen vom konkursabwendenden Zwangsvergleich auch Forderungen nicht betroffen werden, soweit sie nach Anordnung der Geschäftsaufsicht fällig werden. Hieraus schließt Josef a. a. O. S. 416, daß die in § 61 Nr. 1 KO. genannten Gehaltsforderungen schlechthin vom Verfahren ausgeschlossen sind und die Gläubiger vollstrecken können, auch wenn sie erst nach Anordnung der Geschäftsaufsicht vom Schuldner ohne die nach § 13 VO. nötigen Voraussetzungen angestellt sind.

Dies ist abzulehnen. Es muß in erster Linie darauf ankommen, ob der Schuldner dem Verbot, eigenmächtig Rechtshandlungen vorzunehmen, zuwider gehandelt hat. Schließt der unter Geschäftsaufsicht stehende Schuldner *neue* Verträge der in § 61 Nr. 1 KO. bezeichneten Art ab, so können die Gläubiger, wenn die Voraussetzungen des § 13 Nr. 1 fehlen, ihre Ansprüche nur im Rahmen des konkursabwendenden Zwangsvergleichs geltend machen. Es würde dem Zweck des Gesetzes widersprechen, ihnen unter Berufung auf §§ 13 Nr. 5, 61 Nr. 1 KO. freie Hand zu lassen [54]).

[48]) Jäger, KO. § 61 Anm. 18; derf. J. W. 1917 S. 193; OLG. Bd. 32 S. 384.
[49]) Jäger, KO. § 61 Anm. 17 und 30.
[50]) Leipz. Z. 1907 S. 680.
[51]) Jäger, KO. S. 861.
[52]) Jäger, KO. § 61 Anm. 19 und 24.
[53]) Cahn S. 153 cc Abs. 2.
[54]) Levy S. 75 5 a.

Es ist oben ausgeführt, daß es für die Forderungen aus § 61 Nr. 1 und 4 KO. nicht auf die Fälligkeit, sondern die Entstehung ankomme. In § 13 Nr. 5 VO. auch die „nach Anordnung der Geschäftsaufsicht fällig werdenden Forderungen" vom Verfahren auszuschließen, erscheint daher, wenn sie nur innerhalb der in § 61 Nr. 1 und 4 KO. genannten Frist entstanden sind, überflüssig. Man muß daher den Schluß ziehen, daß auch die später entstehenden Forderungen bevorrechtigt sein sollen [55]).

Da nun Forderungen aus Verträgen, die bereits vor Anordnung der Geschäftsaufsicht abgeschlossen und von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt sind, zugleich nach § 13 Nr. 2 VO. bevorrechtigt sind, neue Verträge aber nach § 13 Nr. 1 beurteilt werden müssen, so wird die Erweiterung des § 13 Nr. 5 a. E. in erster Linie für die nach Anordnung der Geschäftsaufsicht entstehenden und fällig werdenden Ansprüche aus § 61 Nr. 2 und 3 KO. gelten.

Es werden also, z. B. Forderungen der Reichskasse wegen öffentlicher Abgaben nicht am Vergleichsverfahren beteiligt sein:

1. wenn sie vor der in § 61 Nr. 2 KO. genannten Frist entstanden, infolge Stundung aber erst innerhalb derselben fällig geworden sind [56]);
2. wenn sie innerhalb der Frist entstehen und fällig werden;
3. die innerhalb der Frist entstandenen, aber betagten Forderungen §§ 61 Nr. 2, 65 KO.;
4. die nach Anordnung der Geschäftsaufsicht entstandenen Forderungen.

Schließlich ist nach § 13 Abs. 6 VO. nicht beteiligt die Staatskasse wegen der gerichtlichen Kosten des Verfahrens. Diese sind durch die Verordnung vom 14. Juni 1924 neu geregelt (§ 78). Ihr steht gleich die Aufsichtsperson mit ihren Ansprüchen auf Erstattung von Auslagen und Vergütung.

Neben diesen schon im gewöhnlichen Geschäftsaufsichtsverfahren nichtbeteiligten Gläubigern sind lediglich vom Vergleichsverfahren nach § 33 Abs. 2 VO. eine Reihe weiterer Ansprüche ausgeschlossen, zunächst Geldstrafen. Zu ihnen gehören sowohl die auf Grund eines Straf- oder Disziplinarverfahrens verhängten Kriminal- und Disziplinarstrafen wie die Ordnungs- und Steuerstrafen [57]). Vertragsstrafen dagegen sind am Vergleichsverfahren beteiligt und gehören nicht hierher [58]). Auch die in den §§ 888, 890 ZPO. genannten Geldstrafen fallen unter § 33 Abs. 2 [59]). Klien § 4 Anm. 1 b will die letzteren überhaupt vom Geschäftsaufsichtsverfahren ausnehmen, da sie sich gegen

[55]) Jäger S. 193 Sp. 2.
[56]) Jäger, KO. § 61 Anm. 19.
[57]) Jäger, KO. §§ 63 Anm. 4, 61 Anm. 22.
[58]) Entscheidung des RG. Bd. 49 S. 192.
[59]) Zweigert S. 68; Cahn S. 217.

die Person, nicht gegen das Vermögen des Schuldners richten. Die Folge wäre das Recht, ungehindert vollstrecken zu können. Dies ist abzulehnen. Da sie aus dem Vermögen des Schuldners zu entrichten sind, sind sie am Geschäftsaufsichtsverfahren beteiligt und nur von der Teilnahme am Vergleichsverfahren ausgeschlossen [60]).

Zu dieser Gruppe gehören nach § 33 Abs. 2 Nr. 2 weiter die familienrechtlichen Ansprüche der Ehegatten nach §§ 1351, 1360, 1361, 1578—1583, 1586 BGB., der Verwandten nach den §§ 1601—1615 a. a. O., der unehelichen Kinder nach §§ 1708—14 a. a. O. und die Ansprüche der unehelichen Mutter nach den §§ 1715, 1716 BGB., soweit sie für die Zukunft geltend gemacht werden [61]).

Diese Ansprüche werden vom Geschäftsaufsichtsverfahren betroffen [62]), sind aber für die Zeit nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens [63]) von der Teilnahme an *diesem* ausgeschlossen. Unterhaltsansprüche für die Zeit vor Eröffnung des Verfahrens sind dagegen am Zwangsvergleich beteiligt, soweit sie überhaupt für die Vergangenheit geltend gemacht werden können (vgl. die §§ 1613 i. V. mit 1360 Abs. 3, 1580 Abs. 3, 1351 und 1711 BGB.) [64]). Das Gleiche gilt für die zukünftigen Ansprüche, wenn der Schuldner als Erbe des Verpflichteten haftet, also in den Fällen der §§ 1351, 1582, 1586, 1712, 1715 BGB.

Cahn S. 218 sagt: die eben genannten vom Vergleichsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger könnten „also auch während des Geschäftsaufsichts- und Zwangsvergleichsverfahrens, unbekümmert um § 6 VO., einen Zugriff in das schuldnerische Vermögen vornehmen". Dies ist zweifellos unrichtig. Wenn diese Gläubiger auch im Vergleichsverfahren mit den Gläubigern des § 13 Abs. 1 VO. auf eine Stufe gestellt sind, so haben sie damit noch nicht dieselben Rechte wie diese. Für sie gilt vielmehr, da sie vom Geschäftsaufsichtsverfahren betroffen werden, das Vollstreckungsverbot des § 6 VO. Die Ansicht Cahns läßt die oben unter IV b 2 Abs. 3 S. 13 gemachte Scheidung vermissen (vgl. Jäger S. 139 Sp. 2: Gesetzliche Unterhaltsansprüche unterliegen in vollem Umfange dem Verbot der Sondervollstreckung).

Nicht unter § 33 Abs. 2 Nr. 2 fallen die nichtfamilienrechtlichen Unterhaltsansprüche, also Forderungen auf Grund eines Rechtsgeschäfts oder unerlaubter Handlung. Sie sind, soweit sie nicht unter § 13 fallen, am Geschäftsaufsichts- und Vergleichsverfahren beteiligt, und gemäß den §§ 36 VO., 69 KO. für die Zukunft nach ihrem Schätzungswert geltend zu machen [65]).

[60]) Jäger, Geschäftsaufsicht neue Ordnung S. 50.
[61]) Vgl. amtliche Begründung zu § 33.
[62]) Jäger S. 139 Sp. 2.
[63]) S. amtliche Begründung zu § 33.
[64]) Zweigert § 33 Anm. 9; Klimmer § 33 Anm. II 2.
[65]) Zweigert § 33 Anm. 9; Klimmer § 33 Anm. II Nr. 2; Bovensiepen S. 97 Anm. 5.

Schließlich sind am Vergleichsverfahren nicht beteiligt die in § 33 Abs. 2 Nr. 3—5 genannten Ansprüche. Nr. 5 bezieht sich auf die den einzelnen Gläubigern durch ihre Teilnahme am Verfahren entstandenen Kosten. Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens nehmen schon auf Grund von § 13 Nr. 6 eine Sonderstellung ein. Gegen die in dem § 33 Abs. 2 Nr. 3 und 5 bezeichneten Forderungen ist der Vergleich, obwohl sie nicht am Verfahren teilnehmen, gemäß § 62 VO. wirksam.

V. Der Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens.

Nur ein Schuldner, der unter Geschäftsaufsicht steht, kann den Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens stellen. Die Einleitung des Verfahrens von Amts wegen, auf Antrag der Gläubiger oder der Aufsichtsperson ist unstatthaft.

Der Antrag ist nach § 14 VO. eine Prozeßhandlung[66]). Die Vorschriften über die Prozeßfähigkeit sind daher anzuwenden. Ein nicht prozeßfähiger Schuldner muß den Antrag durch seinen gesetzlichen Vertreter stellen lassen. Das Gericht hat den Mangel der Prozeßfähigkeit nach § 56 ZPO. von Amts wegen zu berücksichtigen. Der prozeßfähige Schuldner kann sich nach § 79 ZPO. durch eine prozeßfähige Person vertreten lassen. Der Antrag ist bei dem Gericht, bei dem das Geschäftsaufsichtsverfahren anhängig ist, schriftlich einzureichen oder mündlich zu Protokoll des Gerichtsschreibers anzubringen (§§ 14 VO., 496 ZPO.).

Bovensiepen § 33 Anm. 1 ist der Ansicht, gleichzeitig mit dem Antrag auf Anordnung der Geschäftsaufsicht könne der Schuldner die Einleitung des Zwangsvergleichsverfahrens nicht beantragen. Es ist kein Grund vorhanden, dem Schuldner zu verbieten, beide Anträge gleichzeitig zu stellen[67]). Dafür spricht schon § 1 Abs. 2 VO., der die Einleitung des Aufsichtsverfahrens wegen der Aussicht auf ein Übereinkommen zwischen den Parteien vorsieht. Allerdings muß alsdann zuerst über den Antrag auf Anordnung der Geschäftsaufsicht entschieden werden, da nur ein unter Geschäftsaufsicht stehender Schuldner zum Zwangsvergleichsverfahren zugelassen wird[68]). Der mit dem Antrage auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens nach § 41 Nr. 1 vorzulegende Vergleichsvorschlag wird in diesem Falle die in § 1 Abs. 2 geforderte Aussicht auf Abwendung des Konkurses durch ein Übereinkommen zwischen den Parteien begründen.

Wann der Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens eingereicht werden muß, darüber bestand bis zur Verordnung vom 8. Februar 1924 keine Vorschrift. Die Geschäftsaufsicht war bis dahin

---

[66]) Klimmer § 1 Anm. 5 c.
[67]) Zweigert § 33 Anm. 1 Abs. 2.
[68]) Kallir S. 358.

gemäß § 66 Abs. 2 Nr. 2 nach Wegfall der Voraussetzungen für ihre Anordnung aufzuheben, demnach auch dann, wenn keine Aussicht auf ein Übereinkommen mit den Gläubigern vorhanden war. Der Schuldner hatte also die Möglichkeit, das Verfahren zum Schaden der Gläubiger in die Länge zu ziehen. Die Verordnung vom 8. Februar 1924 fügte als § 66 Abs. 3 die Bestimmung ein, daß das Verfahren nach Ablauf von einem Jahr seit seiner Anordnung aufzuheben sei. Machte der Schuldner aber vor Ablauf der Frist glaubhaft, daß eine so schnelle Erledigung aus besonderen Gründen nicht möglich war, so durfte die Aufhebung nicht vor Ablauf einer gerichtlich festgesetzten Nachfrist erfolgen, wenn begründete Aussicht auf ein Übereinkommen bestand.

Auf Grund der VO. vom 14. Juni 1924 gilt jetzt folgendes: Die Geschäftsaufsicht ist aufzuheben, wenn der Schuldner es beantragt, oder ein wichtiger Grund für die Aufhebung vorliegt. Als solcher gilt namentlich, wenn es sich ergibt, daß die Voraussetzungen für die Anordnung der Geschäftsaufsicht nicht vorhanden waren oder nachträglich weggefallen sind. Besteht also keine Aussicht auf den Abschluß eines Zwangsvergleichs mehr, so muß das Gericht das Geschäftsaufsichtsverfahren aufheben. Hierdurch ist der Schuldner angehalten, in ständiger Verbindung mit den Gläubigern zu bleiben.

Weiter aber bestimmt jetzt § 66 Abs. 3 Nr. 2, daß die Geschäftsaufsicht aufgehoben werden muß, wenn der Schuldner nicht bis zum Ablauf von einem Monat seit ihrer Anordnung einen den Erfordernissen des § 41 Abs. 1 genügenden Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens einreicht. Diese Frist kann auf seinen Antrag verlängert werden, wenn er nachweist, daß die Mehrzahl der beteiligten Gläubiger, denen wenigstens die Hälfte der Gesamtsumme der beteiligten Forderungen zusteht, mit der Verlängerung einverstanden ist. Sind seit Anordnung des Geschäftsaufsichtsverfahrens 3 Monate verstrichen, kann die Frist auf seinen Antrag nur verlängert werden, wenn er nachweist, daß drei Vierteile der beteiligten Gläubiger mit wenigstens drei Vierteilen der Gesamtsumme aller beteiligten Forderungen zustimmen. Ist vor Ablauf der drei Monate bereits ein Zwangsvergleich bestätigt, so endet die Frist nicht vor Rechtskraft der Entscheidung über den Zwangsvergleich. Durch diese Änderung ist der Schuldner gezwungen, den Vergleichsantrag schon möglichst vor Eröffnung des Geschäftsaufsichtsverfahrens durch Einholung der Zustimmung der Gläubiger vorzubereiten, und den Vergleichsantrag selbst prompt zu stellen. Im Interesse der Gläubiger ist die Erneuerung nur zu begrüßen. In schwierigeren Geschäftsaufsichtsverfahren wird es allerdings dem Schuldner oft unmöglich sein, die Fristen innezuhalten.

VI. Der Vergleichsinhalt.

Gleichzeitig mit dem Antrag hat der Schuldner einen bestimmten, den Erfordernissen der §§ 34 und 35 entsprechenden Vergleichsvorschlag

vorzulegen mit der Angabe, in welcher Weise die Befriedigung der Gläubiger erfolgen sowie ob und in welcher Art ihnen Sicherheit geleistet werden soll (§ 41 Nr. 1).

Der Inhalt des Vergleichs ist genau festgelegt und auf Erlaß oder Stundung oder beides beschränkt. Es kann also vereinbart werden, daß dem Schuldner 50 % erlassen werden sollen und der Rest in fünf monatlichen Raten zu zahlen ist.

Ein Mindestsatz ist nicht vorgesehen. Bietet der Schuldner den Gläubigern aber weniger als 20 % und ist dieses Ergebnis auf ein unredliches oder leichtsinniges Verhalten zurückzuführen, so muß der Vergleich nach § 55 verworfen werden. Der Grundsatz des Gesetzgebers ist gewesen, klare Verhältnisse zu schaffen. Jeder Gläubiger soll sofort übersehen können, wieviel er bekommt bzw. wann er auf Zahlung rechnen kann [69]). Andere Rechtsformen wie die Liquidation des schuldnerischen Vermögens durch Gläubiger oder durch Treuhänder, Gründung einer Gläubigergesellschaft zwecks Fortführung des Geschäfts des Schuldners sind daher verboten. Denn den Gläubigern soll nicht ein Eintritt in schwer übersehbare, mit der Übernahme von Lasten verbundene Rechtsverhältnisse durch Mehrheitsbeschluß aufgenötigt werden [70]).

Der konkursbeendende Zwangsvergleich kennt diese Beschränkung nicht. Er hat nach § 174 KO. lediglich anzugeben, in welcher Weise die Befriedigung der Gläubiger erfolgen soll. Sie kann auch durch eine außergerichtliche Liquidation der Masse, mit oder ohne Zuziehung von Vertretern der Gläubiger bewirkt werden [71]). Was die verschiedene Regelung veranlaßt hat, darüber sagt die amtliche Begründung nichts.

Ein Vergleich, dessen Erfüllung nicht gesichert ist, hat für die Gläubiger keinen Wert. Der Schuldner muß daher schon im Antrage auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens angeben, ob und in welcher Weise er ihnen Sicherheit leisten will. Es kann aber nicht verlangt werden, daß er bereits positive Sicherheiten bietet [72]).

Ferner ist er verpflichtet, wenn sein Vermögen nicht zur Befriedigung oder Sicherstellung ausreicht, im Vergleichstermin glaubhaft zu machen, daß die Erfüllung des vorgeschlagenen Vergleichs hinreichend gesichert ist (§ 48). Hierfür kommen in erster Linie in Betracht die in § 232 BGB. genannten Sicherungen, vorwiegend Pfandbestellungen und Bürgschaften. Die amtliche Begründung erklärt ferner eine Vereinbarung für zulässig, daß der Schuldner sein Vermögen Treuhändern zur Verwertung und Erfüllung der im Vergleichswege gekürzten Ansprüche ausantwortet. Ob der Anteil für bestrittene For-

[69]) Kallir S. 377.
[70]) Amtliche Begründung zu § 35.
[71]) Jäger, KO. § 174 Anm. 3.
[72]) LG. Plauen in J. W. 1925 S. 664.

derungen sicherzustellen ist, bestimmt das Gericht. Aufschiebend bedingte Forderungen sind dagegen stets sicherzustellen, es sei denn, daß der Eintritt der Bedingung so entfernt ist, daß die Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat.

Im Interesse der Gläubiger liegt es, die vom Schuldner gebotenen Sicherungen im Vergleich festzulegen. Ihre Aufnahme ist daher in § 35 Satz 2 erlaubt, wenn auch nicht vorgeschrieben [73]). Sie gehören damit zum Vergleichsinhalt.

Die Gläubiger aufschiebend bedingter Forderungen sind, wie Jäger S. 439 hervorhebt [74]), nicht berechtigt, vor Eintritt der Bedingung Sicherheit zu verlangen. Sie würden sonst besser dastehen wie Gläubiger fälliger Ansprüche.

Die Bestimmung, daß der Schuldner sein Vermögen Treuhändern zur Verwertung und Erfüllung der im Vergleichswege gekürzten Ansprüche ausantworten darf [75]), steht nicht, wie es zunächst erscheinen könnte, in Widerspruch mit § 35 Satz 1. Hier muß den Gläubigern ein bestimmter Teil ihrer Forderung zugesichert sein, zu dessen Erlangung die Überantwortung des Vermögens an den Treuhänder dient. Bei der Liquidation als Vergleichseinheit hätten sie dagegen keine bestimmten Forderungen, sondern nur Ansprüche von ungewisser Höhe auf den Ertrag des Vermögens [76]). Dies ist unzulässig.

Gegen den § 35 hat sich lebhafter Widerspruch erhoben. Erlaubt ist z. B. nach der amtlichen Begründung (§ 35 Abs. 2 letzter Satz) Verwertung des Vermögens und Erfüllung der gekürzten Ansprüche durch Treuhänder. Warum sollen aber Treuhänder nicht auch die ungekürzten Ansprüche befriedigen, wenn die Möglichkeit besteht? Die Übernahme des schuldnerischen Vermögens durch Gläubiger oder Dritte zur Befriedigung der ungekürzten Forderungen ist aber unzulässig [77]), weil Erlaß oder Stundung fehlen.

Nur wenn die Gläubiger die Leistungen gestundet haben, darf das Vermögen den Treuhändern zur vollen Befriedigung überantwortet werden. Eine Treuhandregelung wird bei einem zahlungsunfähigen oder überschuldeten Schuldner aber selten ohne Stundung möglich sein. Also auch ohne eine Stundungsvereinbarung würde sich die ungekürzte Erfüllung so hinauszögern, als wenn tatsächlich eine Stundung abgemacht sei.

Die Bestimmung des § 35 Abs. 1 Satz 1 ist daher überflüssig. Es wäre zweckmäßiger gewesen, den Inhalt des konkursabwendenden Zwangsvergleichs in gleicher Weise zu regeln wie den des konkursbeendenden Vergleichs [78]).

[73]) Cahn S. 225.
[74]) Zustimmend Klimmer S. 155.
[75]) Amtliche Begründung zu § 35 Abs. 2 a. E.
[76]) Zweigert § 35 Anm. 2.
[77]) Bendix S. 169.
[78]) Jäger S. 438, 39; Cahn S. 224.

Schwierigkeiten ergeben sich bei der jetzigen Regelung, worauf Levis a. a. O. S. 182 hinweist, wenn der Schuldner sein Geschäft nicht fortsetzen will und die Gläubiger mit dem sich bei der Verwertung des schuldnerischen Vermögens durch Treuhänder oder den Schuldner selbst ergebenden Erlös zufrieden sind. Ein Bedürfnis zu solcher Lösung wird oft vorhanden sein. Da der Schuldner hier häufig weder bestimmte Prozentsätze versprechen, noch Zahlung nach Ablauf einer Stundungsfrist zusichern kann, ist es schwer, den Erfordernissen des § 35 Abs. 1 gerecht zu werden.

Die Vereinbarung eines Mindest- oder Höchstbetrages ist verboten, wie Levy S. 94 mit Recht betont. Ihr würde die vom Gesetzgeber geforderte Klarheit fehlen.

Gangbar ist der von Jäger S. 438 Sp. 2 unten [79]) angedeutete Weg, die Treuhandsregelung, als Bestimmung über die Durchführung des Vergleichs [80]), mit einer Stundung zu verbinden. Notwendig aber bleibt immer die Vereinbarung eines *bestimmten* Erlasses, einer genau bezeichneten Stundung oder beider zugleich. Ein Vergleich, wie ihn Levis S. 183 Zeile 16, wenn auch mit Bedenken, für zulässig hält, widerspricht der VO., da ihm hinsichtlich des Zeitpunkts wie der Höhe der Zahlung jegliche Bestimmtheit fehlt.

Der Behauptung von Levis S. 183 Zeile 21 ff., wonach der Vergleich keine Bestimmungen über die Art der Liquidation enthalten dürfe, muß widersprochen werden. Der Schuldner braucht nicht durch ein dem Zwangsvergleich vorausgehendes Abkommen hierüber Bestimmungen zu treffen. Gerade genaue Abmachungen über sie dienen doch der Sicherung seiner Durchführung, sind also nach § 35 Satz 2 erlaubt.

Durch § 63 VO. ist, § 195 KO. entsprechend, eine Klage auf Aufhebung des Zwangsvergleichs wegen Nichterfüllung untersagt. Wenn der Schuldner nach Aufhebung des Geschäftsaufsichtsverfahrens in Konkurs fällt, können die Gläubiger also nur ihre Vergleichsraten anmelden, und sind den anderen Gläubigern gegenüber im Nachteil. Es empfiehlt sich daher eine Vereinbarung, daß der getroffene Erlaß im Falle der Eröffnung des Konkurses wegfallen soll [81]). Eine solche kassatorische Klausel ist in der amtlichen Begründung zu § 63 ausdrücklich vorgesehen. Fraglich ist, ob sie in den Vergleich selbst aufgenommen werden kann. § 35 Abs. 1 Satz 2 sieht nur Bestimmungen zur Sicherung seiner Durchführung vor. Die kassatorische Klausel will aber die Geltendmachung der vollen Forderung nach Wegfall des Vergleichs ermöglichen. Aus der amtlichen Begründung ergibt sich hierüber nichts. Cahn S. 288, Levy S. 120 und Klarner S. 59 bejahen die Aufnahme.

---

[79]) Vgl. Hachenburg in Leipz. Z. 1918 S. 69; Jäger J. W. 1918 S. 289.
[80]) S. amtliche Begründung zu § 35 Abs. 2 a. E.
[81]) Werner a. a. O. S. 240.

Man wird ihnen vorwiegend aus praktischen Erwägungen zustimmen müssen, da im Falle der Nichtaufnahme in den Vergleich neben diesem noch eine zweite Vereinbarung über seinen Wegfall getroffen werden müßte.

In Übereinstimmung mit § 181 KO. schreibt § 34 Satz 1 vor, daß der Vergleich allen beteiligten Gläubigern gleiche Rechte gewähren muß. Die Vorschrift ist zwingend. Das Gericht ist verpflichtet, sowohl den Vorschlag (§ 41 Nr. 1) wie den Vergleich selbst in dieser Hinsicht zu prüfen. Der Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens muß bei Vorliegen eines Verstoßes gemäß § 42 Abs. 2 Nr. 2 zurückgewiesen werden. Ist das Vergleichsverfahren dennoch eröffnet oder im Vergleichstermin eine gesetzwidrige Vereinbarung getroffen, so bildet die ungleiche Behandlung der Gläubiger einen Grund, den Vergleich zu verwerfen (§ 54 Nr. 1 und 4). Evtl. kann auch der bestätigte Vergleich nach § 64 Nr. 1 wegen Betruges angefochten werden. Die Gläubiger sind daher in bezug auf prozentualen Anteil, Fälligkeit und Sicherheiten gleichzustellen.

Auch die vergleichsbeteiligten Zinsansprüche (s. § 33 Abs. 2 Nr. 4) sind gleichmäßig zu berücksichtigen. Ist nun ein Vergleich gültig, der bestimmt, daß sämtliche Gläubiger ihre Zinsen erlassen? Wenn z. B. die schuldigen Rückstände verschieden hoch sind, fehlt es an einer gleichmäßigen Behandlung, da der eine einen größeren Prozentsatz seiner Gesamtforderung aufgeben muß als der andere. Trotzdem ist die Frage zu bejahen. Der § 38 sieht vor, daß dem Schuldner im Falle der Stundung für ein Jahr auch die Zinsen für diese Zeit erlassen werden können, ohne Rücksicht auf die bei den einzelnen verschiedene Höhe. Diese Bestimmung ist zu verallgemeinern. Natürlich muß der Wegfall bei allen Gläubigern vorgeschrieben sein [82]).

Eine ungleiche Bestimmung der Rechte wäre nur mit ausdrücklicher Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig. Die Erfahrung bei außergerichtlichen Vergleichsverhandlungen hat gezeigt, daß es schwer ist, hier die Zustimmung *aller* zu erhalten, obwohl eine Bevorzugung wirtschaftlich Schwacher häufig billig ist. Es wird immer Gläubiger geben, die versuchen werden, sich für ihre Einwilligung Sondervorteile versprechen zu lassen und durch Ablehnung des von allen übrigen gebilligten Vorschlags die Parteien schädigen. Insbesondere wird es unmöglich gemacht, wirtschaftlich schwache Gläubiger zu bevorzugen.

Abweichend vom konkursbeendenden Zwangsvergleich ist daher eine ungleiche Bestimmung der Rechte auch dann zugelassen, wenn die Mehrzahl der zurückgesetzten Gläubiger zustimmt und die Gesamtsumme der Forderungen der zustimmenden Gläubiger wenigstens drei Vierteile der Gesamtsumme der Forderungen der zurückgesetzten Gläubiger beträgt.

[82]) Levis S. 137.

Wer zu den zurückgesetzten Gläubigern gehört, kann zweifelhaft sein. Ist z. B. den Gläubigern Zahlung von 30 %, 40 % und 50 % ihrer Forderung versprochen, so ist es fraglich, ob auch die Gläubiger, denen 40 % versprochen ist, zurückgesetzt sind, oder die Mehrheiten nur nach Zahl und Forderung derjenigen Gläubiger, die 30 % erhalten, zu berechnen sind. Im Verhältnis zu den Gläubigern, die 50 % erhalten, sind auch die Gläubiger mit 40 % Forderungsanteil zurückgesetzt. Eine Zurücksetzung im Sinne von § 34 Satz 3 VO. liegt aber nur bei denjenigen Gläubigern vor, die 30 % erhalten, da andernfalls die am schlechtesten bedachten Gläubiger leicht zu ihrem Nachteil von den etwas besser gestellten überstimmt werden könnten [83]).

Die Zustimmungserklärungen der zurückgesetzten Gläubiger sind nach den §§ 41 Nr. 1, 34 VO. gleichzeitig mit dem Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens einzureichen [84]). Wenn sie fehlen, muß der Eröffnungsantrag zurückgewiesen werden (§ 42 Abs. 2 Nr. 2) [85]), da der Vergleichsvorschlag alsdann gegen die Bestimmungen von § 34 Abs. 1 verstoßen würde. Die Kontrolle durch das Gericht erfolgt auf Grund des nach § 41 Nr. 3 gleichzeitig einzureichenden Vermögensverzeichnisses [86]).

Auch wenn die notwendigen Mehrheiten einem Vergleich, der die Rechte ungleich verteilt, zustimmen, hängt das Zustandekommen desselben noch von der Genehmigung des Gerichts ab. Durch seine Befugnisse in den §§ 16, 30 ff. VO., besonders durch Befragen der ablehnenden Gläubiger, hat es die Möglichkeit festzustellen, ob der Vergleich den Interessen der Beteiligten entspricht. Eine vorläufige Entscheidung hierüber erfolgt schon durch Eröffnung des Vergleichsverfahrens bzw. Zurückweisung des Antrags [87]).

Jedes andere Abkommen, durch das einzelne Gläubiger bevorzugt werden sollen, ist nichtig, gleichgültig, ob der Schuldner oder dritte Personen es mit ihnen abgeschlossen haben (§ 34 Abs. 2).

Die Nichtigkeit ist absolut. Es kann sich sowohl jeder der Vertragsparteien gegenüber dem Gegner oder dritten Personen wie auch jede dritte Person darauf berufen. Infolge der absoluten Nichtigkeit ist eine Heilung durch Genehmigung der zurückgesetzten Gläubiger unmöglich [88]).

Nichtig ist das Sonderabkommen aber nur dann, wenn es die Gläubiger begünstigen „sollte". Eine objektive Bevorzugung genügt nicht. Notwendig ist, daß sich die Beteiligten ihrer bewußt waren, und das Abkommen im Hinblick auf den zukünftigen Vergleich abgeschlossen haben [89]).

[83]) Kallir S. 370 Z. 3 ff.; Levis S. 93 unten.
[84]) Bovensiepen § 41.
[85]) Bovensiepen § 41 Anm. 6.
[86]) Klimmer § 41 Anm. 4 S. 139.
[87]) Zweigert S. 71.
[88]) Jäger KO. § 181 Anm. 4; Cahn S. 223.
[89]) Entsch. d. RG. Bd. 41 S. 42, Bd. 72 S. 47; Leipz. Z. 1908 S. 943,

Der § 34 Abs. 2 VO. ist so umfassend wie möglich auszulegen. Es genügt eine evtl. Beziehung des bevorzugenden Sonderabkommens zum Zwangsvergleich [90]). Es ist daher nicht notwendig, daß infolge der Bevorzugung der Zwangsvergleich zustande gekommen ist. Er ist nichtig, auch wenn die Stimme des bevorzugten Gläubigers nicht ausschlaggebend war, oder wenn dieser überhaupt nicht oder gegen den Vergleich gestimmt hat [91]).

Ob die Sonderabrede schon vor Eröffnung des Geschäftsaufsichtsverfahrens oder erst während desselben abgeschlossen ist, ist gleichgültig. Zweifelhaft kann sein, ob ein n a c h Bestätigung des Vergleichs abgeschlossenes Sonderabkommen nichtig ist. „Die absolute Nichtigkeit der Sonderabkommen ist angedroht, weil sie das Zustandekommen eines Zwangsvergleichs beeinflussen könne" [92]). Diese Befürchtung entfällt bei den späteren Abmachungen, sie müssen daher als gültig angesehen werden [93]).

Nichtig sind sie aber, wenn die Parteien, denen die Nichtigkeit einer v o r der Vergleichsbestätigung betroffenen Sonderabrede bekannt war, vorher vereinbart hatten, das genaue Abkommen erst nach Bestätigung des Vergleichs treffen zu wollen [94]).

Nach Jäger § 181 S. 330 soll das Sonderabkommen, wenn es a u c h für den Fall der Beendigung des Verfahrens auf eine andere Weise als durch Zwangsvergleich abgeschlossen ist, gültig sein, wenn kein Zwangsvergleich zustande kommt. Denn die Bestimmung der Nichtigkeit habe Zweck nur bei Vorliegen eines Zwangsvergleichs. Ihre Voraussetzungen träfen für keinen anderen Fall der Beendigung des Verfahrens zu. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Denn der bevorzugte Gläubiger könnte in diesem Falle das Interesse haben, den dem Gemeinwohl der übrigen Gläubiger dienenden Vergleich scheitern zu lassen. Schon die bloße Möglichkeit, das Zustandekommen des Vergleichs zu beeinflussen, muß aber genügen, daß das Sonderabkommen nichtig ist [95]).

Eine Hintertür bietet allerdings die letzte Entscheidung dadurch, daß sie weiterhin sagt, das Abkommen sei gültig, wenn es für den Fall einer anderweitigen Konkursbeendigung geschlossen sei und in keiner Beziehung zum Zwangsvergleich stehe. Nichtig ist aber immer nur das Sonderabkommen, nicht der Zwangsvergleich selbst.

---

[90]) Jäger, KO. § 181 S. 330 Z. 4.

[91]) Cahn S. 223 C; Jäger, KO. Anm. 4; Zweigert § 34 Anm. 5; RG. Bd. 28 S. 99.

[92]) Entsch. d. RG. Bd. 28 S. 100.

[93]) Cahn S. 224; v. Sarwey-Bossert, KO. § 181.

[94]) Entsch. d. RG. Bd. 61 S. 299.

[95]) Cahn S. 223; RG. Bd. 28 S. 100, Bd. 78 S. 185: Das Abkommen ist nichtig, wenn es für den Fall des Zwangsvergleichs, d. h. in Beziehung auf einen solchen, geschlossen ist.

Steht einem der beteiligten Gläubiger gegen den unter Geschäftsaufsicht stehenden Schuldner eine nicht auf einen Geldbetrag gerichtete Forderung zu, so hat er oft ein großes Interesse, keine Abfindung in Geld zu erhalten, sondern die Leistung in natura zu bekommen. Nach den §§ 36 VO., 69 KO. sind solche Forderungen nach ihrem Schätzungswert in Reichswährung geltend zu machen. Es entsteht die Frage, ob trotzdem der Vergleich bestimmen kann, daß dem beteiligten Gläubiger die ursprüngliche Leistung zu gewähren ist.

Aus dem mit der Geschäftsaufsicht verfolgten Zweck kann man auf die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung schließen. Die Aufsichtsperson, die nach § 2 VO. die Geschäftsführung des Schuldners prüfen und überwachen muß und sie evtl. selbst übernehmen kann, hat gemäß § 28 VO. darauf Bedacht zu nehmen, daß das schuldnerische Geschäft, soweit angängig, weiter betrieben wird. Die vorhandenen Bestände sind dabei zu verwerten und eingegangene Verpflichtungen abzuwickeln. Eine Erfüllung der Leistungen in natura z. B. aus vorhandenen, sonst schwer verwertbaren Lagervorräten liegt daher oft im Interesse des Schuldners, der wegen anderweitiger Geldforderungen die Einleitung des Geschäftsaufsichtsverfahrens beantragen mußte.

Cahn S. 230 F steht auf dem Standpunkt, die Verteilung im Zwangsvergleichsverfahren könne nur in Geld vor sich gehen. Auch Jäger J. W. 1917 S. 507, 508 sagt, der Rechtsgrund des vom Vergleich betroffenen Anspruchs ändere sich nicht, wohl aber im Bereich von § 36 (mit den §§ 65, 67, 70 KO.) der Anspruchsinhalt. Doch kann aus seinen Ausführungen nicht geschlossen werden, daß er einen Vergleich, der dem Gläubiger Befriedigung seines Anspruchs ohne Umwandlung in Geld bietet, ablehnt. Denn er spricht stets von den im Zwangserlaß vom Schuldner versprochenen Geldprozenten oder dem vergleichsmäßig versprochenen Bruchteil des Geldwerts der Forderung, die der Gläubiger verlangen könnte. Die Möglichkeit einer Befriedigung durch die ursprünglich geschuldete Leistung erwähnt er überhaupt nicht.

Nach Klimmer § 60 Anm. 4 haben die Forderungen der Gläubiger nach der rechtskräftigen Bestätigung des Zwangsvergleichs jenen Inhalt, der ihnen im Vergleich gegeben worden ist. Die Umwandlung wirke zunächst nur für das Vergleichsverfahren, sonst bleibe das ursprüngliche Schuldverhältnis bestehen. Erst mit Bestätigung des Vergleichs sei die Umwandlung rechtskräftig und auf das ursprüngliche Schuldverhältnis könne nicht zurückgegriffen werden [96]). Auch dies läßt darauf schließen, daß er einen solchen Vergleich für möglich hält.

Bietet der Schuldner seinen Gläubigern einen Bruchteil ihrer Forderungen an und kommt ein solcher Vergleich zustande, so ist es oft unmöglich, einem von ihnen prozentuale Erfüllung seines Anspruchs

[96]) Klimmer § 36 Anm. 5.

in seiner früheren Gestalt zu versprechen. Eine Forderung auf Lieferung eines Anzuges läßt sich nicht um 30 % kürzen. Der Gläubiger muß sich also mit der Vergleichsrate in Geld zufrieden geben oder ihm kann unter den Voraussetzungen des § 34 Satz 2 und 3 der ganze Anzug geliefert werden. Geht die Forderung auf vertretbare Sachen, z. B. 100 Zentner Roggen, ist eine prozentuale Erfüllung dagegen durchaus denkbar [97]).

Anders ist es, wenn lediglich eine Stundung vereinbart wird. Die bei einem Erlaß hervortretenden Schwierigkeiten fallen hier fort.

Die Vorschrift, daß alle Ansprüche in Reichswährung geltend zu machen sind, kann einem Vergleichsinhalt, der die ursprüngliche Forderung berücksichtigt, nicht entgegenstehen. Die Zurückführung aller Forderungen auf einen einheitlichen Nenner ist notwendig, um festzustellen, ob die erforderlichen Mehrheiten vorhanden sind. Es ist damit aber keineswegs gesagt, daß sie trotz Umrechnung in Geld nicht in ihrer ursprünglichen Gestalt in den Vergleich aufgenommen werden können [98]). Jäger KO. 193 hält bei den durch Eintragung in die Tabelle rechtskräftig festgestellten Ansprüchen ein Zurückgehen auf ihre ursprüngliche Gestalt für unmöglich. „Im übrigen komme es auf den Sinn an, den das von der gesetzlichen Gläubigermehrheit angenommene Vergleichsanerbieten des Gemeinschuldners habe."

Man wird daher zum Ergebnis kommen müssen, daß die Aufnahme der ursprünglichen Forderung in dem konkursabwendenden Zwangsvergleich möglich ist. Wenn aber der Schuldner einen bestimmten Prozentsatz versprochen hat, so können die Gläubiger, wenn anderes nicht gesagt ist, nur Befriedigung in Geld verlangen.

Es muß allerdings geprüft werden, ob die Aufnahme solcher Bestimmungen mit § 35 Satz 1 vereinbar ist. Levis S. 186 vertritt die Ansicht, daß eine Bestimmung des Zwangsvergleichs, wonach Nichtgeldschulden fortbestehen sollten, mit § 35 in Widerspruch stehe. Da sie aber den Gläubigern keine neuen Verpflichtungen auferlege, und nur die Aufbürdung solcher vom Gesetz verboten sei, müsse man sie aus praktischen Gründen zulassen.

Es ist in § 35 nicht gesagt, daß nur Geldschulden gestundet werden dürfen. Es kann daher auch die Stundung einer auf einen anderen Gegenstand gerichtete Forderung vereinbart werden. Dies stimmt mit der amtlichen Begründung durchaus überein. Es entstehen hier klare Verhältnisse, und die Gläubiger wissen, was sie erhalten werden. Ob der Schuldner seinen vertraglichen Pflichten später nachkommen wird, ist natürlich noch ungewiß. Die gleiche Ungewißheit besteht aber auch bei Geldforderungen.

[97]) Levis S. 184.
[98]) Levis S. 184; Klimmer § 36 Anm. 6.

Schwierigkeit macht dagegen die Innehaltung der Bestimmungen von § 34. Werden den Gläubigern gleiche Rechte gewährt, wenn einige von ihnen in natura befriedigt werden? Die Stundung einer nicht auf Geld gerichteten Forderung kann die Wirkung haben, daß die Leistung für ihn keinen Wert mehr hat. Andererseits kann er an der Erfüllung der ursprünglichen Forderung ein weit größeres Interesse haben als an einer Geldzahlung, wenn es sich z. B. um eine anderweitig nicht zu erlangende Spezialarbeit handelt. Besonders groß wird der Wunsch nach Naturalerfüllung in Inflationszeiten sein. Wenn also der Schuldner die Gläubiger auf verschiedene Art und Weise befriedigt, kann von einer gleichmäßigen Berücksichtigung ihrer Rechte in der Regel keine Rede sein.

Es fragt sich, wer hier zu den zurückgesetzten Gläubigern gehört. Die gleichmäßige Berücksichtigung der beteiligten Forderungsberechtigten wird am sichersten dadurch erreicht, daß alle mit Geldzahlungen abgefunden werden. Sie bildet auch die Regel. Bei Schuldnern, die nicht mit Geld befriedigt werden sollen, ist dagegen die Gefahr der Benachteiligung vorhanden. Man wird daher sagen können, daß sie zu den zurückgesetzten Gläubigern gehören [99]).

Es ist demnach zu verlangen, daß sie sämtlich ausdrücklich zustimmen (§ 34 Satz 2). Sind einige von ihnen mit dem Vergleich nicht einverstanden, liegt aber die in § 34 Satz 3 geforderte Mehrheit vor, so steht es in der Macht des Gerichts, durch Versagen der Zulassung die ungleiche Behandlung der Beteiligten zu unterbinden. Die Gefahr, daß ein Gläubiger durch Mehrheitsbeschluß einen Vergleich gegen sich wirken lassen muß, der ihm die Annahme einer infolge Zeitablaufs wertlosen Leistung zumutet, ist daher nicht vorhanden.

Es ist nicht zu verkennen, daß dort, wo der Gläubiger durch die reale Befriedigung einen besonderen Vorteil hat, die übrigen Gläubiger zurückgesetzt sind. Wollte man aber die vorgeschriebene Zustimmung der zurückgesetzten Forderungsberechtigten stets nach ihrer Kopf- und Forderungszahl berechnen, so bestände die Möglichkeit, einen Gläubiger mit einer durch die Stundung völlig wertlosen Leistung abzufinden, wenn alle Zurückgesetzten zustimmten. Denn im § 34 Satz 2 ist eine gerichtliche Zulassung des Zwangsvergleichs nicht vorgesehen.

VII. Die Gläubigermehrheiten.

Die in den §§ 37 ff. geforderten Majoritäten gelten, worauf Cahn S. 233 letzter Absatz hinweist, sowohl für die mit dem Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens nach § 41 Nr. 2 vorzulegenden Zustimmungserklärungen wie für die bei der endgültigen Abstimmung geforderten Mehrheiten. Die in § 41 Nr. 2 angeführte Erklärung ist

[99]) Levis S. 186.

keine Zustimmung zum Vergleich selbst, sondern zur Eröffnung des Vergleichsverfahrens auf der Grundlage des Vorschlags des Schuldners. Sie gilt aber nach § 51 Abs. 2 als solche, wenn der Gläubiger im Termin nicht erschienen ist und die Erklärung bis zum Termin nicht widerrufen hat. Der Gläubiger muß also bis zum Termin schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers widerrufen, wenn er nicht erscheint, andernfalls gilt er als zustimmend. Erscheint er dagegen, so hat er volle Handlungsfreiheit. Er kann zustimmen oder ablehnen bzw. schweigen und dadurch den Vergleich zu Fall bringen. Sein Verhalten im Termin ist entscheidend [100]).

Auch die vorherige Zustimmung zum Vergleich selbst, die nach § 51, 1 schriftlich dem Gericht gegenüber erfolgen kann, kann widerrufen werden. Dies ist im Gesetz nicht ausgesprochen, und die Annahme des Gegenteils ist möglich, weil in § 51 Abs. 2 ein Widerruf ausdrücklich vorgesehen ist. Da jedoch auch der Vorschlag des Schuldners nicht endgültig ist, dieser ihn vielmehr im Vergleichstermin gleichfalls zurückziehen bzw. abändern kann (§ 56) [101]), muß dasselbe von der Zustimmung des Gläubigers gelten [102]).

Jäger J. W. 1917 S. 327 Anm. 39 weist mit Recht darauf hin, daß von einem Widerruf der Zustimmung zur „Eröffung des Vergleichsverfahrens" nach dessen Eröffnung keine Rede mehr sein könne. Gemeint sei in § 56 Abs. 1 vielmehr eine Verwahrung gegen die Annahme, daß der Vorschlag selbst angenommen werde.

Die gleiche Entschließungsfreiheit wie die nach § 37 ff. zustimmenden Gläubiger müssen auch die zurückgesetzten Gläubiger bezüglich ihrer nach den §§ 41 Nr. 1, 34 Abs. 1 Satz 3 vorzulegenden Erklärungen haben [103]).

Regelmäßig ist erforderlich, daß die Mehrzahl der beteiligten Gläubiger dem Vergleich zustimmt und die Gesamtsumme der Forderung der zustimmenden Gläubiger wenigstens drei Vierteile der Gesamtsumme der Forderungen der beteiligten Gläubiger beträgt. Im Gegensatz zu § 182 KO. ist die Zahl der im Termin anwesenden Gläubiger gleichgültig. Da nach § 51 schriftliche Zustimmungserklärungen erlaubt sind, kann es also vorkommen, daß überhaupt kein Forderungsberechtigter im Termin erscheint.

Beteiligte Gläubiger, deren Aufenthalt unbekannt ist, sind bei der Feststellung der Kopf- und Summenmehrheiten zu berücksichtigen, gelten aber infolge Fehlens der in § 37 geforderten Zustimmungserklärung als gegen den Vergleich stimmend, obwohl ihnen weder der Vergleichs-

[100]) Zweigert und Bovensiepen § 51 Anm. 2; Huth-Walter zu § 51; Klimmer § 51 Anm. 1.
[101]) Klimmer § 46 Anm. 3.
[102]) Jäger S. 437 Anm. 30; Zweigert und Klimmer § 51 Anm. 1.
[103]) Jäger S. 439 Sp. 1.

termin noch der Vergleichsvorschlag mitgeteilt werden konnte (§ 44). Anderseits ist der zustande gekommene Vergleich für und gegen sie wirksam, es sei denn, daß der Schuldner sie in dem von ihm vorgelegten Verzeichnis nicht aufgeführt hat (§ 60).

Die Berücksichtigung von Gläubigern unbekannten Aufenthalts kann, wie Buhmann a. a. O. S. 428 und 429 hervorhebt, das Zustandekommen des Vergleichs verhindern, wenn die Gläubiger größere Summen zu fordern haben. Als Ersatzmittel schlägt er ein Gläubigeraufgebot vor. Gläubiger, die ihren Aufenthalt nicht anzeigen, sollen zwar unter den bestätigten Zwangsvergleich fallen, bei der Abstimmung aber als nicht vorhanden gezählt werden.

Abgesehen davon, daß Gläubiger unbekannten Aufenthalts im Gegensatz zur Kriegs- und ersten Nachkriegszeit heute nur noch Ausnahmen sein werden, erscheint diese Maßnahme überflüssig. Da ein Zwangsvergleich fast immer den Vermögensinteressen der Beteiligten entspricht, ist dem Gläubiger von Amts wegen ein Abwesenheitspfleger zu seiner Vertretung zu bestellen, um den Vergleich nicht scheitern zu lassen [104]).

Levis wirft S. 138 ff. die Frage auf, wie ein im Vergleichstermin fehlender Gläubiger zu behandeln sei, der der Eröffnung des Vergleichsverfahrens gemäß § 41 Nr. 2 zugestimmt hat, dem aber der Beschluß über die Festsetzung des Vergleichstermins (§ 44 Abs. 2) nicht zugestellt werden konnte, weil sein Aufenthalt unbekannt war. Da hier die Möglichkeit besteht, daß der Gläubiger seine Zustimmung widerrufen wollte, infolge seiner Unkenntnis vom Termin aber hieran gehindert wurde, kommt er zu dem Ergebnis, daß in diesem Falle die vorläufige widerrufliche Zustimmung keine endgültige Bedeutung gewinnen könne, der Forderungsberechtigte also als verneinend anzusehen sei.

Dies widerspricht der herrschenden Ansicht [105]) und ist zu verwerfen. In § 51 ist klar ausgesprochen, wie der Gläubiger zustimmen kann bzw. was als Zustimmung gilt. Wenn daher für den Fall, daß die Zustellung unterbleiben mußte, eine Ausnahme gemacht werden soll, hätte es ausdrücklich gesagt werden müssen, zumal die VO. in § 17 Abs. 2 vorschreibt, daß Zustellungen an Gläubiger unbekannten Aufenthalts überhaupt nicht stattfinden. Die Möglichkeit, daß der Gläubiger seine vorläufige Zustimmung nicht widerruft, ist außerdem weit größer als das Gegenteil, da er sich schon bei Abgabe derselben das Für und Wider überlegen konnte.

Befindet sich im Vermögensverzeichnis eine Forderung, deren Gläubiger dem Schuldner unbekannt ist, so wird sie bei Feststellung sowohl der Kopf- wie der Summenmehrheit berücksichtigt, muß aber

[104]) S. Jäger S. 438 Sp. 1 unten; Staudinger § 1191 Anm. 6.
[105]) S. Kallir S. 368; Klimmer § 51 Anm. 1 a. E.; Bovensiepen § 51 Anm. 2.

mangels Zustimmung gleichfalls als widersprechend angesehen werden, es sei denn, daß für sie gemäß § 1913 BGB. ein Pfleger bestellt ist und dieser zustimmt.

Sind mehrere derartige Forderungen vorhanden, so ist für jede eine besondere Kopfstimme in Anrechnung zu bringen. Es besteht dadurch die Gefahr, daß die in § 37 Nr. 1 geforderte Gesamtzahl der beteiligten Gläubiger unrichtig wird, wenn sich mehrere solcher Forderungen in der Hand *eines* Gläubigers befinden. Doch wird man sich hiermit abfinden müssen, weil eine Vereinigung in derselben Hand zu den Seltenheiten gehört und ein genaues Resultat hier nie zu erzielen ist.

Es besteht z. B. auch die Möglichkeit, daß eine Forderung mit unbekanntem Berechtigten einem vom Schuldner im Vermögensverzeichnis wegen anderweitiger Ansprüche angeführten Gläubiger gehört, der von der Existenz seines Rechts selbst nichts weiß, z. B. weil sie zu einer ihm kürzlich zugefallenen Erbschaft gehört. Wollte man sie hier, um bei der Abstimmung die Zahl der Beteiligten so genau wie möglich zu haben, den Ansprüchen der bekannten Gläubiger hinzuzählen, weil sie einem von ihnen zustehen könnte, so wüßte man nicht, ob dies bei einem den Vergleich bejahenden oder verneinenden Beteiligten zu geschehen hätte. Da die Berücksichtigung der Forderung zwar bei der Gesamtsumme derselben (§ 37 Nr. 2), aber nicht bei der Gesamtzahl der Gläubiger (§ 37 Nr. 1), unmöglich ist, ihre völlige Außerachtlassung aber gegen § 4 VO. verstoßen würde, bleibt nichts anderes übrig, als sie *auch* bei der Gesamtzahl der Kopfstimmen zu berücksichtigen, und zwar als verneinend [106]).

Überhaupt wird die Erzielung der im § 37 Nr. 1 geforderten Mehrheit dem Schuldner keine große Schwierigkeit machen, wenn die in § 37 Nr. 2 verlangte Majorität vorhanden ist. Denn es steht selbst im Vergleichstermin dem nichts entgegen, daß ein Gläubiger auf Verlangen des Schuldners soviele Teile seiner Forderung an andere zediert, daß genügend Köpfe vorhanden sind. Aufgabe des Gerichts wird es sein, in einem solchen Falle auf Unregelmäßigkeiten zu achten und evtl. § 54 Nr. 4 anzuwenden.

Völlig unberücksichtigt bleiben Forderungen, die dem Schuldner selbst unbekannt sind [107]). Die Vorschrift des § 60 Satz 2, 64 Nr. 2 VO. zwingt ihn, alle ihm irgendwie bekannten Forderungen anzugeben.

Im Termin hat das Gericht den Schuldner, evtl. mit Hilfe des in § 50 vorgesehenen Eides, zu veranlassen, etwa fehlende Passiva anzugeben und die Gläubiger auf Mängel der Angaben im Vermögensverzeichnis hinzuweisen. Häufig werden z. B. Zinsansprüche, besonders solcher Gläubiger, die vor dem Zwangsvergleich keine Zinsen berechnet

[106]) Vgl. Levis S. 92 B.
[107]) Levis S. 140 Nr. 2 a.

haben, nicht angegeben sein. Geschäftsungewandte Gläubiger versäumen es oft, ihre Zinsen bei Aufstellung ihrer Ansprüche richtig zu berechnen. Die Nichtberücksichtigung dieser Mängel könnte die Gläubiger, deren Ansprüche richtig angegeben sind, bevorzugen. Auch besteht die Möglichkeit, daß sich das Abstimmungsergebnis bei Angabe der fehlenden Forderung ändert [108]).

Ob die erforderlichen Mehrheiten vorliegen, prüft das Gericht bei der Frage der Eröffnung des Vergleichsverfahrens an Hand des nach § 41 Nr. 3 überreichten Vermögensverzeichnisses.

Bei der Abstimmung über den Vergleich selbst ist zweifelhaft, wer zu den „beteiligten Gläubigern im Sinne des § 37 Nr. 1 gehört, wenn das Gericht bei einer bestrittenen Forderung gemäß § 47 Abs. 2 Satz 4 das Stimmrecht verneint hat. Die Wirkung dieser Entscheidung beschränkt sich auf die Frage des Stimmrechts, auf die Beteiligung am Vergleich ist sie ohne Einfluß. Es ist also möglich, daß das Bestreiten ungerechtfertigt ist, die Forderung daher zu den Beteiligten gehört. Wird bei Berechnung der Grundzahl nun der Gläubiger der bestrittenen nicht stimmberechtigten Forderung als Beteiligter gezählt, ohne daß er bei Bildung der Mehrzahl wegen Mangels an Stimmrecht mitwirken kann, oder wird die Mehrzahl auf Grund der Anzahl der stimmberechtigten Gläubiger berechnet? Hat der Schuldner z. B. 12 Gläubiger angegeben, und ist einem derselben das Stimmrecht versagt, so wäre im ersten Fall die Grundzahl 12 und es müßten mindestens 7 Gläubiger zustimmen, im zweiten Fall dagegen nur 6, da hier die Grundzahl 11 ist. Ebenso ist zweifelhaft, ob die Dreiviertel-Mehrheit in § 37 Nr. 2 VO. von der Gesamtsumme der Forderung der beteiligten Gläubiger oder der Gesamtsumme derjenigen Forderungen, die stimmberechtigt sind, berechnet werden muß. Im Konkursverfahren ist nach § 182 die Stimmliste maßgebend.

Wenn Gläubiger kein Stimmrecht haben, so wird anzunehmen sein, daß sie auch bei Berechnung der Grundzahlen nicht zu berücksichtigen sind. Die Bildung der erforderlichen Mehrheiten würde bei Annahme des Gegenteils stark erschwert. Im obigen Beispiel müßten in diesem Falle von 11 stimmberechtigten Gläubigern 7 für den Vergleich stimmen. Dies kann nicht der Wille des Gesetzes sein.

Die Versagung des Stimmrechts bedeutet also gleichzeitig, daß der Gläubiger nicht zu den „Beteiligten" im Sinne des § 37 gehört [109]). Wird der rechtliche Bestand der Forderung im Prozeßwege später festgestellt, und fällt sie nicht unter § 33 Abs. 2 VO., so ist der Vergleich auch gegen sie gemäß § 60 wirksam.

---

[108]) Levis S. 136—138.

[109]) Zweigert § 47 Anm. 1 und 4; Kallir S. 382 und das Beispiel bei Levy S. 108—111.

Benötigt der Schuldner eine Stundung, bis zur Dauer von längstens einem Jahr nach der Bestätigung, allein oder in Verbindung mit einem Erlaß von Zinsen für die Dauer derselben, so genügt nach § 38 einfache Personen- und Summenmehrheit.

Bei Berechnung der Kopf- und Forderungsmehrheiten bleiben Gläubiger, deren Rechte durch den Vergleich nicht beeinträchtigt werden, nach § 39 außer Betracht. In Frage kommen Gläubiger, die voll befriedigt werden, oder solche mit betagten Ansprüchen (§§ 36 i. V. 65 KO.), die erst nach Ablauf der vorgesehenen Stundung fällig sind. Voraussetzung für den Ausschluß ist aber, daß mit der Stundung kein Zinserlaß verbunden ist. Die Gläubiger wären alsdann beeinträchtigt und bei Berechnung der Mehrheiten zu berücksichtigen [110]).

Bestritten ist die Zweckmäßigkeit von § 40. Während z. B. Bovensiepen (§ 40 Anm. 1) noch weiter geht und es für besser hält, auch die nahen Angehörigen dem Ehegatten gleichzustellen, erklärt Cahn S. 235 den § 40 für eine überflüssige Härte. Was richtig ist, kann nur von Fall zu Fall gesagt werden. Die Gläubiger sollen dem Vergleich zustimmen, wenn er i h r Interesse fördert. Dem Ehegatten aber wird häufig in erster Linie das Wohl des Schuldners am Herzen liegen. Andererseits ist es, worauf Jäger KO. § 183 Anm. 2 hinweist, oft hart, den Ehegatten von der Abstimmung auszuschließen, da gerade er häufig vom Schuldner zu einer Zeit in Anspruch genommen worden ist, als ihm niemand mehr helfen wollte. Der zustimmende Ehegatte wird weder bei der Kopf- noch der Summenmehrheit gezählt. Er rechnet dagegen mit, wenn er schweigt oder gegen den Vergleich stimmt. Er muß also zustimmen, wenn er nicht als Gegner des Vergleichs angesehen werden will.

Die Ehe muß zur Zeit der Abstimmung bestehen. Hat z. B. der Verlobte gemäß § 41 Nr. 2 oder 51 Abs. 1 zugestimmt, und ist die Ehe bei der Abstimmung über den Vergleich bereits geschlossen, so bleibt er außer Betracht [111]).

Um Umgehungen dieser Bestimmung zu verhüten, ist vorgeschrieben, daß auch derjenige, dem der Ehegatte seine Forderung während der Dauer der Geschäftsaufsicht oder im letzten Jahr vorher abgetreten hat, im Falle der Zustimmung bei Berechnung der Mehrheiten ausgeschlossen ist. Erforderlich ist nicht eine Abtretung nach §§ 398 ff. BGB., sondern es genügt die vom Ehegatten durch Rechtsgeschäft herbeigeführte Begründung eines Rechts auf die Leistung, z. B. durch Indossament, Verpfändung oder Nießbrauchsbestellung [112]).

[110]) Jäger S. 442 Sp. 1 Abs. 1.
[111]) Cahn S. 236; Zweigert § 10 Anm. 1; Klimmer § 10 Anm. 2.
[112]) Bovensiepen § 40 Anm. 2; Klimmer § 40 Anm. 3; Jäger, KO. § 183 Anm. 5.

Der Ausschluß gilt jedoch nur insoweit, als das Stimmrecht auf der Forderung beruht. Hatte der Zessionar z. B. eine Forderung von 1000 Reichsmark und erwarb in der fraglichen Zeit durch Abtretung vom Ehegatten 500 Reichsmark hinzu, so werden, wenn er zustimmt, eine Kopfstimme und die Forderung von 1000 Reichsmark zugunsten des Vergleichs gezählt, die an ihn abgetretenen 500 Reichsmark aber nicht berücksichtigt.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn der Ehegatte zur Abtretung durch Gesetz (z. B. §§ 255, 281 Abs. 1, 818 BGB.) oder einen Vertrag verpflichtet war, der früher als ein Jahr vor Anordnung der Geschäftsaufsicht geschlossen ist. Liegt keine Abtretung vor, sondern beruht der Übergang der Forderung auf gesetzlicher Bestimmung, z. B. §§ 426, 774 BGB., so ist § 40 Abs. 2 unanwendbar. Dasselbe gilt, wenn der Rechtsnachfolger die Forderung durch Pfändung und Überweisung oder Erbfolge erworben hatte [113]).

Nach herrschender Ansicht scheiden auch die, die die Forderung von dem nicht berücksichtigten Zessionar erwerben, bei Berechnung der Mehrheiten insoweit aus [114]).

Bestritten ist die Anwendbarkeit des § 40, wenn der Ehegatte nur gemeinschaftlich mit einem anderen für den Vergleich stimmen kann. Im Falle der ungeteilten Erbengemeinschaft z. B. können die Miterben nach den §§ 2032 Abs. 2, 2040 BGB. über eine zum Nachlaß gehörige Forderung nur gemeinschaftlich verfügen. Jäger KO. § 183 Anm. 8 und Klimmer S. 136 stehen auf dem Standpunkt, daß die Beschränkung des § 40 hier nicht gilt. Denn die Nichtberücksichtigung der Forderung bei Berechnung der Mehrheiten würde für die Miterben eine große Härte sein. Man müsse vielmehr sagen, daß die Zustimmung der Gemeinschaft der Gläubiger etwas anderes sei als die des Ehegatten allein. Zöge die Nichtberücksichtigung des Ehegatten die Außerachtlassung der einer Mehrheit zustehenden Forderung nach sich, könne § 40 überhaupt nicht angewandt werden. Die Forderung sei daher zu berücksichtigen, auch wenn der Ehegatte zustimmt.

Das Ziel dieser Bestimmung war, jede unlautere Beeinflussung durch den Ehegatten zu verhindern. Dies ist möglich, auch wenn er nur gemeinschaftlich mit anderen Gläubigern über eine Forderung verfügen kann. § 40 muß daher auch dann Anwendung finden, wenn eine Gläubigergemeinschaft vorliegt, zu der der Ehegatte gehört [115]).

Ein Gläubiger mit mehreren Forderungen wird grundsätzlich nur einmal gezählt [116]). Es können aber Verhältnisse vorliegen, die eine mehrfache Zählung nötig machen.

---

[113]) Jäger, KO. § 183 Anm. 5 und 6; Bovensiepen § 40 Anm. 2.
[114]) Zweigert § 40 Anm. 2; Cahn S. 237; Jäger, KO. § 183 Anm. 7.
[115]) Cahn S. 237.
[116]) Cahn S. 233.

Schon wenn eine Person mehrere Gläubiger im Vergleichstermin vertritt, wird anerkannt, daß sie soviele Stimmen hat, als sie Vollmachten besitzt [117]). Das gleiche muß gelten, wenn nach außen keine Vertretung vorliegt, sondern dem Gläubiger mehrere Forderungen zustehen, aber auf Grund eines Treuhandverhältnisses. Levis S. 90 Nr. 3 führt als Beispiel einen dem Gläubigerschutz dienenden Verein an. Hier stehen die Forderungen nur formell dem Treuhänder zu. Wenn die Zusammenfassung in einer Hand fehlt, würde jeder Gläubiger eine Stimme haben. Es ist daher billig, auch dem Treuhänder soviele Stimmen zu geben, als er fremde Forderungen besitzt.

Hat ein Gläubiger an einer Forderung einem dritten ein Pfandrecht oder einen Nießbrauch bestellt, so sind sie gemäß §§ 1071, 1276 BGB. zu einer Änderung der Forderung, die das dingliche Recht beeinträchtigen würde, nur gemeinsam berechtigt, zu einem Zwangsvergleich ist daher die Zustimmung beider notwendig [118]). Gibt der Nießbraucher oder Pfandgläubiger seine Zustimmung nicht, zählen sie als ablehnend. Wenn der Gläubiger außerdem unbelastete Forderungen hat, muß man ihm für diese ein besonderes Stimmrecht geben, wenn er dem Zwangsvergleich zustimmt, da er seine Einwilligung insoweit sonst nicht geltend machen könnte. Dasselbe gilt, wenn dem Gläubiger eine Forderung durch Sicherungsübereignung übertragen ist. Er ist hier zwar formell berechtigt, jedoch die Übertragung unter der Voraussetzung erfolgt, daß er nicht gegen den Willen des Übereigners und in Widerspruch zu den zwischen ihnen bestehenden schuldrechtlichen Abmachungen Verfügungen trifft. Wenn dieser also mit dem Zwangsvergleich nicht einverstanden ist, muß der Gläubiger für diese Forderung den Vergleich ablehnen, um nicht das zwischen ihm und seinem Schuldner bestehende Innenverhältnis zu verletzen. Für seine übrigen Forderungen muß er daher, wenn er mit dem Vergleich einverstanden ist, ein besonderes Stimmrecht erhalten [119]).

Man wird sagen müssen, daß jede Forderung, bei der die Zustimmung mehrerer Personen nötig ist, ein besonderes Stimmrecht hat. Ob die Gemeinschaft der Gläubiger nach außen hervortritt wie bei der Verpfändung oder Nießbrauchsbestellung, oder ob sie nur im Innenverhältnis besteht, wie bei der Sicherungsübereignung, ist gleichgültig. Der Grundsatz, daß jeder Gläubiger nur *eine* Stimme hat, wird damit nicht verletzt. Denn dort, wo mehrere Gläubiger vorhanden sind, gibt nicht der Gläubiger, sondern eine Gemeinschaft ihre Stimme ab.

Hat also ein Beteiligter eine Forderung allein, ist eine zweite mit einem Nießbrauch für B. belastet, und eine dritte ihm zur Sicherheit von C. übereignet, so hat er ein dreifaches Stimmrecht [120]).

[117]) Klimmer § 37 Anm. 1; Jäger, KO. § 182 Anm. 2.
[118]) Staudinger §§ 1071 Anm. 3, 1276 Vorb. z. d. Anmkg.
[119]) Levis S. 89.
[120]) Levis S. 91.

Liegt dagegen keine Gemeinschaft vor, sondern hat ein dritter lediglich ein Interesse an der Forderung, ohne rechtlichen Einfluß auf sie zu haben, so muß seine Stellungnahme zum Vergleich unbeachtlich bleiben, und der Gläubiger kann wegen dieses Anspruchs nicht noch eine weitere Stimme erhalten. Ist z. B. ein Indossatar mit seinem Wechselanspruch an der Geschäftsaufsicht beteiligt, hat er durch Abschluß eines Zwangsvergleichs die Vergleichsrate vom Schuldner erhalten, und den Ausfall von seinem Vormann auf dem Regreßwege eingezogen, so kann dieser nach herrschender Ansicht nicht die Vergleichsquote der von ihm bezahlten Regreßsumme vom Schuldner verlangen. Denn der Anspruch gegen diesen ist durch Zahlung der Quote an den Indossatar erloschen [121]).

Obwohl also häufig der Vormann mit dem Abschluß eines Vergleichs durch den Nachmann nicht einverstanden sein wird, kann man dem Indossatar, der mehrere Forderungen hat, deshalb für diese Wechselforderung kein besonderes Stimmrecht geben. Mögen auch „geschäftliche" Interessen vom Nachmann verlangen, sich nicht über die Ansicht seiner Vormänner hinwegzusetzen, so ist doch er allein formell und materiell berechtigt (Art. 10 VO.), nur *seine* Stimme ist daher ausschlaggebend [122]).

VIII. Sonderbestimmungen.

a) *Handelsgesellschaften und Genossenschaften.*

Wie die Konkursordnung enthält auch die Verordnung über die Geschäftsaufsicht am Ende besondere Bestimmungen über Handelsgesellschaften und Genossenschaften.

Den Antrag auf Eröffnung des Geschäftsaufsichtsverfahrens kann nach § 72 Abs. 1 VO. i. V. §§ 208, 213 KO., 63 Abs. 3 des Gesetzes betreffs die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und § 100 des Gesetzes betreffs die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften bei Aktiengesellschaften, juristischen Personen und Vereinen, Gesellschaften m. b. H. sowie eingetragenen Genossenschaften jedes Mitglied des Vorstandes bzw. jeder Liquidator stellen. Bei offenen Handels- und Kommanditgesellschaften sowie Kommanditgesellschaften auf Aktien, bei denen nach §§ 72 VO., 209 KO. über das Gesellschaftsvermögen ein selbständiges Geschäftsaufsichtsverfahren stattfindet, ist gemäß §§ 72 VO., 210 KO. zum Antrag jeder persönlich haftende Gesellschafter bzw. Liquidator berechtigt. Ein Vorstandsmitglied kann daher den Antrag eines anderen auf Eröffnung des Konkursverfahrens durch den Antrag auf Eröffnung der Geschäftsaufsicht durchkreuzen, über den bei Vorliegen beider zuerst entschieden werden muß [123]).

---

[121]) Vgl. RG. Bd. 14 S. 178, Bd. 42 S. 37; Staub, WO. Art. 10 Anm. 6.
[122]) a. A. Levis S. 90 Nr. 4.
[123]) Klimmer § 1 Anm. 5 a; amtl. Begründung zu § 1 a. E.

Fraglich ist, wer den Antrag auf Eröffnung des Zwangsvergleichsverfahrens stellen kann. § 211 KO. schreibt für die offenen Handels- und Kommanditgesellschaften sowie die Kommanditgesellschaften auf Aktien vor, daß der Zwangsvergleich nur auf Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter geschlossen werden kann. Infolge seiner Stellung im Gesetz bildet er mit den §§ 209—212 KO. eine Gruppe, eine Verweisung auf ihn ist in den übrigen in § 72 VO. angeführten Gesetzesstellen nicht vorhanden.

Da zu dem in § 33 vorgesehenen Antrage grundsätzlich diejenigen berechtigt sind, die den Antrag in § 1 stellen können, müssen auch bei den übrigen in § 72 VO. genannten Schuldnern diejenigen zum Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens befugt sein, die die Einleitung des Geschäftsaufsichtsverfahrens veranlassen können, also die Vorstandsmitglieder bzw. Liquidatoren. Notwendig ist aber, daß der Antrag einheitlich von allen bzw., wenn es satzungsgemäß zulässig ist, z. B. bei Aktiengesellschaften nach § 232 Satz 1 HGB., von einem unter Zustimmung der anderen gestellt wird. Er muß, analog §§ 211 KO. und 73 Abs. 4 Satz 1 VO. vom einheitlichen Willen der Antragsteller getragen sein [124]). Nimmt einer derselben den Antrag oder die Zustimmung zurück, so hat das Gericht das Vergleichsverfahren gemäß § 56 VO. einzustellen. Zulässig ist die Einleitung des Geschäftsaufsichts- und Vergleichsverfahrens auch noch während der Liquidation. Nur darf das Vermögen noch nicht verteilt sein.

Wenn bei einem Vergleichsverfahren über das Vermögen einer juristischen Person nur diese selbst, nicht auch ihre Mitglieder, für das Gesellschaftsvermögen haftet, ist die Beschränkung des § 40 für den Ehegatten eines Gesellschafters, Mitglieds usw. unanwendbar. Dies gilt z. B. bei Aktiengesellschaften und rechtsfähigen Vereinen. Hier sind Schuldner nur diese, nicht die Aktionäre bzw. Vereinsmitglieder, die Ehegatten der letzteren sind daher bei Feststellung der Kopf- und Summenmehrheit stets zu berücksichtigen, ebenso das Mitglied selbst, wenn es eine Forderung gegen die juristische Person hat [125]).

Die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft gilt dagegen nicht als juristische Person. Das Gesellschaftsvermögen bildet vielmehr ein vom übrigen Vermögen getrenntes, den Gesellschaftern zur gesamten Hand zustehendes Sondervermögen [126]).

Diese haften nach §§ 128, 161 HGB. für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner auch persönlich. Da neben dem Sondervermögen auch die Gesellschafter persönlich Schuldner sind, muß bei der Stimmberechnung im Zwangsvergleichs-

[124]) Zweigert § 72 Anm. 1, 3–5; Levy S. 93; Jäger S. 436 Sp. 2 oben, KO. § 173 Anm. 19.
[125]) Jäger, KO. § 183 Anm. 9.
[126]) Staub a. a. O. § 105 Anm. 28.

verfahren über das Gesellschaftsvermögen (§§ 72 VO., 209 KO.) hier der zustimmende Ehegatte eines Gesellschafters, obwohl der letztere in diesem Falle nicht persönlich in Anspruch genommen wird, ausfallen. Denn was nach § 40 für den Ehegatten des Trägers der Schuldnerrolle gilt, muß auch für den Ehegatten des Mitträgers derselben gelten [127]). Wenn aber der Ehegatte bei der Mehrheitsberechnung ausfällt, muß erst recht der Gesellschafter selbst ausfallen, der eine Forderung gegen die Gesellschaft hat. Denn da der von den Komplementären für das Sondervermögen vorgeschlagene Zwangsvergleich im Zweifel nach den §§ 72 VO., 211 KO. zugleich den Umfang ihrer persönlichen Haftung begrenzt, ist ihr Ausschluß von weit größerer Bedeutung, als der ihres Ehegatten [128]).

Zur Stellung des Antrags auf Eröffnung des Geschäftsaufsichts- wie des Zwangsvergleichsverfahrens sind, wie bemerkt, nur die Schuldner berechtigt. Bei Kommanditgesellschaften steht das Recht den persönlich haftenden Gesellschaftern zu nach §§ 72 VO., 210, 211 KO. Die Kommanditisten, bei denen die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist, sind zur Stellung des Antrages dagegen nicht berechtigt, obwohl sie den Gläubigern gemäß § 171 HGB. unmittelbar haften, soweit sie ihre Einlage noch nicht geleistet haben.

Aus dieser Einschränkung muß geschlossen werden, daß sie nicht als Schuldner im Sinne der Geschäftsaufsichtsverordnung anzusehen sind [129]). § 40 könnte daher auf den Ehegatten keine Anwendung finden.

Nach herrschender Rechtsanschauung wirkt jedoch der Zwangsvergleich auch zugunsten eines Kommanditisten, der seine Einlage noch nicht bezahlt hat [130]). Ferner ist er gemäß § 171 HGB. infolge seiner unmittelbaren Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, wenn diese auch nur beschränkt ist, insoweit Mitträger der Schuldnerrolle. Da also die Gefahr unlauterer Machenschaften vorhanden ist, kann auch sein Ehegatte bei der Abstimmung über den Zwangsvergleich über das Gesellschaftsvermögen mit einer Forderung gegen die Gesellschaft nicht berücksichtigt werden, wenn er zustimmt. Dasselbe muß für den Kommanditisten selbst gelten, wenn er Gläubiger der Gesellschaft ist.

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist juristische Person [131]) und daher im Geschäftsaufsichtsverfahren Selbstschuldnerin. Die Kommanditisten haften nicht für die Gesellschaftsschulden, sondern beteiligen

---

[127]) Jäger § 183 Anm. 9.

[128]) Jäger §§ 183 Anm. 9, 211 Anm. 2.

[129]) Vgl. Jäger, KO. §§ 209, 210 Anm. 10: Im Konkurs der Kommanditgesellschaft sind die persönlich haftenden Gesellschafter, nicht auch die Kommanditisten Gemeinschuldner. Staub § 177 Anhang Anm. 1.

[130]) Jäger, KO. § 211 Anm. 4; Staub § 177 Anh. Anm. 1.

[131]) Staub § 320 Anm. 2.

sich nur mit Einlagen an dem in Aktien zerlegten Grundkapital der Gesellschaft. Nur diese hat ein Forderungsrecht auf Zahlung derselben, niemals die Gläubiger [132]). Da also zwischen ihnen und den beteiligten Gläubigern keine direkten Beziehungen bestehen, kann der Zwangsvergleich auf ihre Leistungspflicht keinen Einfluß haben. Sie sind daher bei der Abstimmung über ihn zu berücksichtigen, falls sie Forderungen haben, ebenso ihre Ehegatten.

Der Komplementär haftet dagegen gemäß § 320 HGB. den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt und über sein Privatvermögen kann möglicherweise wegen ihrer Ansprüche gleichfalls das Geschäftsaufsichtsverfahren eröffnet werden (§ 72 Abs. 2 VO.). Außerdem begrenzt der Zwangsvergleich, soweit er nicht ein anderes festsetzt, gemäß §§ 72 VO., 211 Abs. 2 KO. zugleich den Umfang seiner persönlichen Haftung. Wegen dieser Beziehungen muß er sowie sein Ehegatte bzw. dessen Zessionar, falls sie dem Zwangsvergleich zustimmen, bei Berechnung der Mehrheiten außer Betracht bleiben.

Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden nach § 54 BGB. die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Für die Vereinsschulden haften nicht die Vereine als solche, sondern neben ihrem Vermögen, das den jeweiligen Mitgliedern als Sondervermögen zur gesamten Hand zusteht [133]), die Mitglieder als persönliche Gesamtschuldner. Möglich ist eine Vereinbarung mit dem Gläubiger, der die Haftung auf das Vereinsvermögen beschränkt.

Falls vereinbarungsgemäß nur der Verein mit seinem Sondervermögen haftet, die Mitglieder also mit ihrem Privatvermögen nicht Mitträger der Schuldnerrolle sind, so ist § 40 unanwendbar. Der Ehegatte eines Vereinsangehörigen, sein Zessionar und das Vereinsmitglied selbst ist daher bei Berechnung der Mehrheiten zu berücksichtigen, wenn er dem Vergleich zustimmt.

Ist aber die Haftung der Vereinsmitglieder nicht auf das ihnen zur gesamten Hand zustehende Sondervermögen beschränkt, sondern haben die Gläubiger das Recht, sich auch aus dem Privatvermögen des Vereinsangehörigen zu befriedigen, so muß § 40 Anwendung finden und auf das Vereinsmitglied, welches eine Forderung gegen den Verein hat, ausgedehnt werden. Die oben für die Gesellschafter einer offenen Handels- bzw. Kommanditgesellschaft erörterten Grundsätze treffen auch hier zu.

Die Eröffnung des Geschäftsaufsichtsverfahrens über das Vermögen einer offenen Handels-, Kommandit- und Aktienkommanditgesellschaft hindert die Gläubiger nicht, wegen ihrer Forderungen gleichzeitig gegen die persönlich haftenden Gesellschafter vorzugehen. Nach §§ 72 Abs. 1 VO., 211 KO. begrenzt aber der Zwangsvergleich

---

[132]) Staub § 320 Anm. 1 und 13.
[133]) Staudinger § 54 VII, 3 b.

der Gesellschaft im Zweifel zugleich die persönliche Haftung. Eine vereinbarte Stundung oder ein Erlaß kommt ihnen daher zustatten.

Trifft das Vergleichsverfahren über das Privatvermögen mit einem Vergleichs- oder Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen zusammen, so nehmen die Gesellschaftsgläubiger an dem ersteren nur in Höhe desjenigen Betrages teil, mit dem sie im Vergleichsverfahren über das Gesellschaftsvermögen ausfallen. Wird also wiederum ein Erlaß vereinbart, so erleiden sie zum zweiten Male einen Verlust. Die Gläubiger können erst dann Befriedigung erhalten, wenn der Ausfall ihrer Forderung gegen die Gesellschaft feststeht. Die gemäß § 5 zur Verteilung gelangenden Mittel werden daher § 212 Abs. 2 KO. entsprechend solange zurückzuhalten sein [134]).

b. Der Nachlaß.

§ 73 VO. enthält Bestimmungen über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses über den Nachlaß. Zur Zeit der Geltung der Verordnung vom 8. August 1914 herrschte über die Zulässigkeit Streit [135]).

Am konkursabwendenden Zwangsvergleich nehmen nach § 73 Abs. 4 alle Nachlaßgläubiger mit Ausnahme der in § 226 Abs. 2 und 4 der Konkursordnung bezeichneten teil. Persönliche Gläubiger sind ausgeschlossen. Nachlaßverbindlichkeiten sind nach § 1976 BGB. außer den vom Erblasser herrührenden Schulden, die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten.

Die Fassung von § 73 Abs. 4 Satz 3 ist, worauf Kallir S. 93 und Jäger S. 265 Anm. 34 hinweisen, nicht genau. Am Vergleichsverfahren kann nur teilnehmen, wer von der Geschäftsaufsicht betroffen wird. Da nach § 73 Abs. 3 außer den in § 13 VO. bezeichneten Gläubigern auch die Gläubiger der in § 224 KO. bezeichneten Ansprüche nicht betroffen werden, nehmen auch sie am Vergleichsverfahren nicht teil [136]). § 13 Nr. 4 erleidet jedoch durch § 221 KO. eine Einschränkung. Auf Grund einer nach Eintritt des Erbfalles gegen den Nachlaß erfolgten Maßregel der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung kann abgesonderte Befriedigung nicht verlangt werden. Ebenso ist eine nach dem Eintritt des Erbfalls im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung unwirksam. Hierdurch wird eine Verkleinerung des Nachlasses zugunsten einzelner Gläubiger durch noch im letzten Augenblick vorgenommene Zwangsmaßnahmen verhindert. Die Vorschrift entspricht § 21 Abs. 4 VO.

Die Grundlage für die Eröffnung des Vergleichsverfahrens bildet das nach § 41 Nr. 3 einzureichende Vermögensverzeichnis. Die Aufstellung desselben ist unmöglich, wenn der Erbe den Schuldenstand des

[134]) Klimmer S. 193.
[135]) Kallir S. 393.
[136]) Kallir S. 395 d.

Nachlasses nicht kennt. Andererseits haben die Gläubiger zwecks Prüfung der Brauchbarkeit des Vergleichs an seiner Vollständigkeit ein großes Interesse. Die Eröffnung des Vergleichsverfahrens kann daher erst beantragt werden, wenn das Aufgebot der Nachlaßgläubiger erfolgt ist.

Ob dies vor oder während der Geschäftsaufsicht geschieht, ist gleichgültig [137]). Nach § 950 ZPO. beträgt die Aufgebotsfrist wenigstens 6 Wochen. Da an sich die Geschäftsaufsicht gemäß § 66 Abs. 3 Nr. 3 spätestens nach 3 Monaten aufzuheben ist, wird das Aufgebot in der Regel mit der Anordnung der Geschäftsaufsicht zugleich beantragt werden müssen.

Der Erbe kann den Antrag nach § 991 Abs. 1 und 3 ZPO. nur stellen, wenn er die Erbschaft angenommen hat und nicht für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Es ist aber nicht nötig, daß gerade der Erbe das dem Zwangsvergleich vorhergehende Aufgebot betreiben muß. Es genügt, wenn ein Testamentsvollstrecker oder Nachlaßpfleger es veranlaßt hat [138]).

Der Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens muß von allen Erben gestellt werden. Der Zwangsvergleich begrenzt im Zweifel zugleich die persönliche Haftung des Erben, auch wenn er die Beschränkung der Haftung bereits verloren hatte [139]). Dies kann aber nicht Gläubigern gegenüber gelten, die vom Geschäftsaufsichtsverfahren überhaupt nicht betroffen werden. Da sie von der vereinbarten Stundung bzw. dem Erlaß nicht berührt werden, haftet ihnen gegenüber der Schuldner weiterhin unbeschränkt [140]). Haftete der Schuldner ihnen dagegen noch beschränkbar, so kann er diese Haftung nach Abschluß des Zwangsvergleichs nicht mehr verlieren (§ 73 Abs. 2 VO., 2003 Satz 3 BGB.) [141]).

Ist das Geschäftsaufsichtsverfahren durch einen Zwangsvergleich beendet, so finden nach § 73 Abs. 2 VO., 1989 BGB. die Vorschriften des § 1973 BGB. Anwendung [142]). Der Schuldner kann also die Gläubiger, die vom Vergleich nicht betroffen werden, und noch keine Befriedigung erhalten haben (§ 5 VO.), auf den noch vorhandenen Nachlaßüberschuß verweisen [143]).

Den Gläubigern gegenüber, die durch den Vergleich betroffen werden, haftet er dagegen nach dessen Bestimmungen. Auf sie kann § 1989 BGB. daher keine Anwendung finden [144]).

---

[137]) Klimmer S. 199; Kallir S. 393.
[138]) Jäger S. 265 Sp. 2 oben.
[139]) Jäger S. 265 Sp. 2 oben.
[140]) Klimmer S. 199.
[141]) Jäger S. 265 Sp. 1; Bovensiepen § 73 Anm. 9; Klimmer S. 198; Huth-Walther S. 90.
[142]) S. amtliche Begründung zu § 73.
[143]) Vgl. Kommentar der Reichsgerichtsräte, 5. Aufl., 1913, § 1989 Anm. 3; Jäger S. 265 Sp. 1; Klimmer S. 199.
[144]) S. Komm. d. RG. a. a. O.